

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ACTION TRIBUTORIA

OU DE LA

Liquidation du Pécule commercial de l'Esclave Romain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 4 h. 1/2

PAR

Louis LEMARIÉ

Avocat à la Cour d'Appel

Docteur en Droit (Sciences Juridiques, Politiques et Economiques)

Président : M. GIRARD, professeur

Suffragants { *MM. AUDIBERT, professeur*
MAY, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, EDITEURS

15, rue Racine, 15

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs .

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ACTION TRIBUTORIA

OU DE LA

Liquidation du Pécule commercial de l'Esclave Romain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

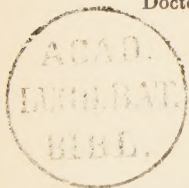
Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 4 h. 1/2

PAR

Louis LEMARIÉ

Avocat à la Cour d'Appel

Docteur en Droit (Sciences Juridiques, Politiques et Economiques)



Président : M. GIRARD, professeur

Suffragants { *MM. AUDIBERT, professeur*
MAY, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, EDITEURS

15, rue Racine, 15

1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'ACTION TRIBUTORIA

OU DE LA

Liquidation du pécule commercial de l'esclave romain

INTRODUCTION

Généralités sur le commerce des Romains

Il semble résulter des témoignages des auteurs latins que les anciens Romains dédaignèrent les professions mercantiles. D'après Denys d'Halicarnasse (1), qui nous a transmis les traditions et les légendes de la Rome royale, Romulus, estimant que la guerre et l'agriculture sont les seuls arts dignes des hommes libres, avait interdit le commerce aux plébéiens

1. Den. d'Hal. : liv. II, § 26.

comme aux patriciens, pour en confier le soin aux seuls esclaves.

A ce dédain, on a attribué plusieurs causes. On a parfois prétendu qu'il était naturel aux guerriers qui formaient la population de la Rome primitive, à ces hommes que leur pauvreté prédisposait à la turbulence, de dédaigner une profession laborieuse et tranquille — le trafic étant facilement suspect à des militaires qui confondent avec la fourberie les ruses familières aux commerçants — et des auteurs autorisés (1) ont cherché à expliquer par une autre cause, celle-là politique, la défaveur en laquelle les cités devaient tenir les richesses commerciales : c'était la pratique du cens, par laquelle l'Etat distribuait ses citoyens en classes pour le vote d'après le chiffre de leur fortune déclarée.

Cette déclaration ne portait que sur les biens fonds et ce qui servait à les exploiter ou à en jouir, *res Mancipi*, tels qu'esclaves et bêtes de somme ou de trait ; toutes choses qui attachaient au sol et imposaient aux détenteurs un dévouement intéressé pour la communauté qui, à son tour, protégeait leurs biens en se protégeant elle-même. Les *res nec Mancipi*, c'est-à-dire les capitaux, les valeurs commerciales, pouvaient se transporter aisément hors de la cité et celle-ci, à cause de leur nature mobile, ne voulait

1. Voir notamment Duruy : *Histoire Romaine*, t. II, p. 330.

ni les connaître, ni les couvrir de la protection de ses lois : elles échappaient à la déclaration.

Ces raisons ne sont pas concluantes :

D'une part, en effet, les Romains forment à l'origine une société de paysans contraints à la guerre par les nécessités de leur pays, nullement un état militaire à la façon des chevaliers teutoniques ou des templiers ; et d'autre part, il est indiscutable que le cens ne fut pas établi dans un but hostile à des richesses commerciales qui n'existaient pas encore.

La véritable explication du rôle effacé du commerce à cette époque est que les transactions furent d'abord très limitées. C'est que la famille romaine, sous la dépendance exclusive du *paterfamillas*, forme une sorte de petite tribu autonome et fermée, se suffisant à elle-même et demandant très peu au dehors ce qui lui manque. Elle se suffit d'autant mieux que ses goûts sont plus modestes. Pendant les quatre premiers siècles, la puissance de Rome repose sur la sobriété de ses citoyens ; la simplicité règne alors dans l'habitation, la plus grande frugalité préside aux repas : les historiens et les poètes nous ont laissé de nombreux tableaux de cette époque de simplicité (1) ; les esclaves sont seuls chargés de

1. Pline, liv. 33, § 5. — Vitruve, liv. II, c. I. — Denys d'Halic., liv. I, § 79 et liv. III, § 67. — Plaute. *Rudens*, acte IV, sc. 2, v. 32. — Horace, liv. II, sat. 2. — Quintillien, liv. I, ch. IV.

filer et de coudre le tissu rudimentaire du vêtement de leur maître, seuls ils fabriquent les tables de bois commun, les vases de terre et les coupes d'argile ; le sel, l'oseille, le vinaigre et le pain sont la base principale des repas. Même, à l'origine, un seul esclave avait suffi aux premiers Romains et le commerce, de ce chef, ne pouvait être important.

Cependant, dès cette époque reculée, nous trouvons quelques vestiges de commercialité et la division du travail apparaît dans les industries qui exigent l'habileté de main, l'habitude et l'apprentissage.

Parmi les institutions de Numa, ou si l'on veut, parmi les monuments traditionnels de la Rome anté-historique, on trouve énumérés huit corps de métiers : les joueurs de flûte, les orfèvres et ouvriers en cuivre, les charpentiers, les foulons, les teinturiers, les potiers, les cordonniers (1). Remarquons que les ouvriers du fer (*fabri ferrarii*) manquent à cette énumération, car le cuivre est encore la seule matière des outils de la paix et des armes de la guerre, et dans des rites religieux il reste très tard le seul métal dont l'emploi soit licite. Remarquons, en outre, que cette industrie primitive fut arrêtée ou déviée progressivement par le développement du commerce qui introduisit, à mesure que s'étendait la puissance

1. Denys d'Hal, liv. I. — Mommsen, t. I, p. 260. — Marquardt, *Vie privée des Romains*, t. II, Introd. p. 7.

romaine, des produits étrangers d'un art plus achevé.

Ancus Martius, quatrième roi, est représenté comme ayant fondé le port d'Ostie semblant prévoir, dit Florus (1), que ce serait un jour le dépôt des richesses de l'univers. Servius Tullius, cherchant, dit Denys d'Halicarnasse, à unir les peuples voisins par un lien commun, voulut qu'on se réunît à Rome chaque année, pour y tenir une foire, exercer le commerce et offrir ensemble des sacrifices (2).

Peu après l'expulsion de Tarquin, dès l'an 219, au rapport de Tite-Live (3), il se forma à Rome avec l'agrément du Sénat et des consuls alors en exercice, une corporation de marchands composée de citoyens : cette association prit le nom de *collegium mercuriale*, du nom de la divinité sous le patronage de laquelle elle s'était placée. Un temple fut élevé à cette occasion, dans lequel les marchands, au temps d'Ovide (4), venaient encore offrir de l'encens et adresser des prières en vue d'obtenir un commerce profitable.

Le premier stimulant, mais aussi le plus essentiel, qui poussa les Romains aux opérations com-

1. Florus, liv. VI, § 5.

2. Denys d'Halic., liv. IV, § 26.

3. Tite-Live, II, 24 et 27.

4. Ovide. *Faste*, liv. V.

merciales, fut la crainte de la famine. Le commerce dut, de ce chef, prendre de très bonne heure une grande extension, et de même qu'il avait enrayé l'industrie, il dut paralyser l'agriculture, en transportant à Rome les céréales des provinces et de l'étranger.

Primitivement, la culture romaine suffisait amplement à la consommation de la capitale et des armées en campagne (1). Elle l'excédait parfois et trouvait à l'étranger des débouchés ; la preuve en est dans un fragment du *Triptolème* de Sophocle où l'on vante « le blanc froment de l'Italie, terre bénie ». Mais dès l'époque d'Alexandre le Grand, c'est-à-dire plus de trois siècles avant Jésus-Christ, il a cessé d'être connu en Grèce (2). Dès le troisième siècle de Rome, en effet, il fallait recourir à l'importation pour nourrir la population qui se pressait dans son enceinte. Plus tard, avec la conquête des premières provinces, Sicile et Sardaigne, se répandit l'usage des prestations provinciales en nature : le blé fourni servait à nourrir non seulement les armées, mais les classes pauvres à qui l'Etat vendait au plus bas prix et parfois à perte. A partir de ce moment, les largitions se poursuivirent sans interruption au grand profit du commerce. La *lex Claudia Tribuni-*

1. Tac. Ann. XII, 43.

2. Plin. H. N. XVIII, 65.

cia de l'an 535 de Rome (218 avant J.-C.), qui interdit aux sénateurs et à leurs fils de posséder un navire de plus de 300 amphores qui pût transporter autre chose que les produits de leurs exploitations rurales (1), montre bien qu'eux-mêmes ne dédaignaient pas de se livrer au commerce des approvisionnements. Lorsque les frumentations permanentes commencèrent, au temps des Gracques, un siècle et demi avant Jésus-Christ, les magistrats ordinaires de toutes sortes y furent associés. Ajoutons toutefois que le préfet de l'annone, dont la mission était d'assurer l'approvisionnement de la capitale, apparut seulement plus tard et que la légende d'après laquelle sa création remonterait à l'an 315, est une de ces anticipations par lesquelles on mettait dans l'histoire légendaire des précédents mensongers des institutions du temps des Annalistes (2).

La soumission de l'Italie, au v^e siècle de la Ville, fit acquérir au commerce l'instrument d'échange et les facilités de transport qui lui manquaient jusque là. A la fin du v^e siècle, Rome eut son atelier monétaire et ce métal, par sa diffusion rapide, facilita les transactions.

La conquête de l'Italie fit aussi de Rome une grande puissance maritime. Pour vaincre les Carthaginois,

1. Cic. II, *in verr.* V, 8. — Tite-Live, XXI, 63. — Cf. Dion, liv. V. — Mommsen. *Droit public*, VII, p. 75.

2. Mommsen. *Droit public*, IV, p. 389.

il fallut une marine nombreuse, ce qui développa l'habitude de la navigation. Il est vrai de dire que la politique romaine n'était pas alors une politique strictement commerciale : la douane ne fut jamais pour eux qu'un expédient fiscal ; ils ne détruisirent jamais chez les vaincus que les bâtiments de guerre, et se négligèrent tellement, une fois vainqueurs de Carthage, que les pirates se rendirent maîtres de la mer et qu'il fallut une véritable guerre pour les en chasser.

Quoi qu'il en soit, à l'époque des guerres puniques apparut le second stimulant qui devait donner au commerce une extension considérable : le goût du luxe. Salluste (1) et Velléius Paternulus (2) fixent à la destruction de Carthage la naissance du luxe, et Valère Maxime atteste de même (3) que « la fin de la guerre punique et la défaite de Philippe, roi de Macédoine, répandirent dans Rome le goût orgueilleux d'une vie plus large ».

Le commerce y trouva certainement son compte et vers la fin de la République, le mépris où il était tenu jadis avait presque complètement disparu. Aux derniers jours de la République, Cicéron qui était, il est vrai, un *homo novus*, sorti de l'ordre équestre et non d'une famille sénatoriale, après s'être indigné

1. Salluste : *Catillina*, § 10, p. 35. *Jugurtha*, § 41.

2. Velléius Paternulus. *Histor. fragm.*, liv. II, § 1

3. Valère Maxime, liv. IX.

contre le petit commerce, vil et méprisable, parce qu'il ne réussit que par des paroles menteuses (1), s'incline devant l'importance des bénéfices effectués dans le haut négoce. « Le commerce ne convient qu'aux esclaves s'il se fait en petit, mais il se relève lorsqu'il se fait en grand, qu'il apporte dans un même pays les productions du monde entier, qu'il les met à la portée du grand nombre et garde toujours une parfaite loyauté. Si le commerçant, lorsque les richesses affluent chez lui, se retire du port où son navire l'a si souvent ramené, dans la campagne et au milieu de ses terres, il me semble alors mériter de tous points le nom d'homme parfaitement honorable (2). Sénèque, il est vrai, qui vivait cinquante ans après Jésus-Christ, stigmatise encore le trafic en écrivant que l'invention des arts appartient aux plus vils des esclaves et que la sagesse habite des lieux plus élevés, dirige les âmes et ne fabrique pas des ustensiles pour les usages de la vie : mais ce n'était pas là, certainement, l'opinion courante du temps. L'argent arrive toujours à obtenir ses lettres de noblesse et le grand commerce, supposant des capitaux considérables, devait conquérir très vite la faveur du public. Dès l'époque de Cicéron, le goût du lucre était déjà très développé dans toutes les

1. Cicéron. *De officiis*, I, 42

2. Cicéron. *De officiis*, I, 42.

classes de la société, témoin la prospérité de ces sociétés de publicains, constituées au ^{vi}^e siècle, pour exploiter les pays conquis par la ferme des impôts, des biens domaniaux et des travaux publics et dans lesquelles chacun voulait avoir sa part d'intérêt, son action grande ou petite. Les descendants des anciennes familles fondaient à l'étranger des maisons de commerce. Il n'était pas un citoyen aisé qui ne possédât de vastes domaines hors de Rome, dans les provinces même les plus éloignées et n'y entretenait, par des mains mercenaires, de grandes industries ou d'immenses exploitations, faisant ainsi fructifier ses capitaux et s'enrichissant par des spéculations de toute nature. En Asie, plus d'un demi-siècle avant Actium (31 avant Jésus-Christ), 80.000 citoyens étaient disséminés dans les contrées soumises à la république, s'y livraient au négoce et revenaient ensuite en dépenser les profits dans la capitale, qui absorbait ainsi tous les revenus du monde romain (1).

Rome revêt alors de plus en plus l'aspect d'un grand centre commercial où viennent affluer les bénéfices réalisés dans l'immense mouvement des affaires conduites par ses capitalistes.

L'esprit mercantile s'est emparé de la nation et la fièvre de la spéculation est partout (2).

1. Appien. *Mithr* 61. Valère Maxime, IX, 2. Cicéron. *Pro lege Manilia*, 8.

2. Mommsen. *Hist. rom.* Trad. Alexandre, t. IV, p. 138 et suiv.

Le commerce de l'argent prend une extraordinaire impulsion. A peine une nouvelle province est-elle conquise qu'elle voit s'abattre sur elle une nuée de traitants romains. Il n'est pas une ville dans tout l'empire où les usuriers (*feneratores*) et les banquiers (*argentarii*) n'établissent leurs comptoirs, pas une branche d'affaires qui n'exige leur intervention, sous forme d'avances et de mandats de paiements. Les monnaies provinciales sont très variées, les méthodes de paiement peu perfectionnées, en sorte que l'homme d'affaires est forcé de prendre le banquier pour intermédiaire.

L'agriculture elle-même fut en proie à cette spéculation effrénée (1). L'importation des céréales lui faisait courir de grands dangers : pour éviter la concurrence et parce que le blé ne rendait rien, on se prit à cultiver la vigne et l'olivier, parce que le commerce des olives et des vins était plus productif (2). Les petites métairies d'autrefois se groupèrent en vastes domaines, *latifundia*, où trouvèrent un emploi les capitaux des personnes qui ne pouvaient faire la banque, tels les sénateurs, et qui comportaient l'exploitation accessoire d'industries compatibles avec

1. Marquardt. *Vie Privée des Romains*, t. II, introd. p. 16 et suiv.

2. Les deux types de domaines que Caton décrit dans son ouvrage portent les noms *d'olivetum* et de *vinea*. (Cat. *De. re rustica*, 10, 11).

le régime rural : production en grand des fruits et des légumes, de la volaille, du gibier et du poisson, aménagement des bois, briqueteries, poteries, charbonnages, fouleries, carrières de sable et de pierre à bâtir.

Sous César, du blé, des viandes, de l'huile, d'autres denrées encore furent souvent distribuées au peuple, même aux affranchis et aux esclaves (1). Ce conquérant aimait le luxe, il fut amateur de tableaux, de statues, de vases rares et de pierres précieuses : dans ses expéditions, il portait avec lui, pour en paver son logement, des bois de marqueterie et des pièces de mosaïque (2) ; le commerce devait trouver tout naturellement en lui un protecteur. Pompée l'avait déjà servi en combattant les pirates et en purgeant les mers. César l'encouragea par des institutions et par des lois : il établit deux édiles pour l'approvisionnement des blés, *œdiles cereales*, et il réglementa soigneusement la police des approvisionnements, en plaçant dans le marché public des surveillants chargés de saisir les denrées défendues.

N'est-ce pas encore lui qui, dans un but purement commercial, livre la guerre aux Venètes et dirigea

1. Suétone. *Cæsar*, §§ 26, 27, 33, 38, 67.

2. Suétone, §§ 43 à 47. — Pline, liv. VII, § 38 ; liv. XXXVI, §§ 4 et 10.

l'invasion des Iles Britanniques (1). Les Venètes entretenaient une flotte nombreuse pour le commerce des Iles Britanniques que César désirait capter au profit des marchands romains. Il ne passa, dit-il, en Grande-Bretagne, que pour venger l'affront que les insulaires avaient fait aux armes romaines en secourant les Venètes, mais plus réellement dans le but de les obliger à trafiquer avec les intermédiaires romains. Le même César, dans un but également lucratif, rétablit Corinthe et y envoya pour cause de peuplement, beaucoup de fils d'affranchis ; il expédia une nouvelle colonie à Carthage dont on lui attribue la reconstruction et il nourrissait encore de nombreux projets utiles au trafic et à la navigation, quand la mort vint le frapper (2).

Son successeur Auguste, continua son œuvre en assurant aux transactions commerciales la paix et la sécurité : partout de vastes routes furent créées, des itinéraires rédigés, des services de roulage établis. La découverte des moussons facilita les relations directes avec l'Inde. Les entrepôts, les bazars, les bourses se multiplièrent. Le marchand d'autrefois (*mercator*) est devenu l'homme d'affaires (*nego-*

1. Cæsar. *De Bello Gallico*, lib. III, §§ 2 et 10 ; IV, § 3. — Diodore, liv. VII, § 21. — Florus, liv. III, 17.

2. Dion, liv. XLIII, § 50. — Strabon, liv. VIII, p. 381. — Plutarque. *Vie de César*, t. IV, p. 160.

ciator) : il a des associés, des correspondants, des agents qui le remplacent.

De la prospérité des affaires sous Auguste, il nous reste un témoin intelligent et véridique, Strabon, qui, du vivant même de l'Empereur, parcourut une partie des territoires conquis. Il s'est plu à constater qu'une grande activité commerciale régnait de son temps entre l'Italie, l'Espagne, la Gaule et même la Pannonie et que la marine s'était perfectionnée. Pline (1) affirme que les bâtiments à rames et à voiles allaient d'Ostie à la côte africaine, en deux jours, à Marseille en trois, à Tarragone en Espagne en quatre et à Gadès ou Cadix en sept. On mettait neuf jours de Pouzzoles à Alexandrie et sept, parfois six de Messine au même port.

Il est vrai que ces voyages s'effectuaient seulement pendant l'été : de novembre à mars, la mer était abandonnée ; *maria clauduntur*, disait Végèce (2).

Ostie, située à l'embouchure du Tibre, était alors le point d'arrivée de toutes les marchandises expédiées de l'étranger. Les navires marchands jetaient d'abord l'ancre au large. C'est à l'empereur Claude, en l'an 41 de notre ère que revient l'honneur d'avoir doté cette ville d'un grand port de commerce et à

1. Pline. XIX, I.

2. Végèce, V, 9.

l'empereur Trajan, celui de lui avoir concédé tous les aménagements que comportait l'importance de son trafic maritime.

La capitale était approvisionnée de blés provenant en majeure partie d'Afrique et entreposés à Ostie. Les Romains, peu versés dans l'art nautique, redoutaient fort l'ouragan et quand la flotte d'Egypte apparaissait en vue des côtes d'Italie, l'émotion était grande dans toutes les classes de la population qui se pressaient, dit Sénèque (1), sur les jetées du port et cherchaient à distinguer, tout au bout de l'horizon, les navires d'Alexandrie qu'on reconnaissait à la forme particulière de leurs voiles. Pendant toute la durée de l'Empire, le port d'Ostie fut très mouvementé : les armateurs avaient construit autour du bassin du Trajan, des magasins ou docks très vastes, destinés à servir d'entrepôts aux blés, aux vins, aux huiles, aux marbres et à toutes les denrées expédiées de l'étranger à Rome. Ces magasins s'étendaient sur plusieurs rangs autour du bassin en longues files régulières (2). Les produits de tous les coins du monde connu se rencontraient là pour nourrir, vêtir, orner ou amuser la grande cité peuplée d'un million cinq cent mille habitants dont l'appétit, l'amour du luxe et la passion du plaisir

1. Sén. *Epist.* 77. Tacite. *Ann.* XV, 18.

2. Boissier. *Promenades archéologiques, Rome et Pompéi*, 8^e édit., ch. V. *Ostie*, p. 284, 293, 296.

croissaient en raison de ses victoires, de ses richesses et de l'extension de ses relations politiques. Les fortunes privées s'étaient considérablement augmentées au cours du siècle qui vit s'écrouler la République et s'élever l'Empire et il n'était pas rare d'assister à de véritables débauches de luxe absorbant des sommes considérables en quelques heures. Lucullus, dans un souper offert à Cicéron et à Pompée, dépensait 50.000 deniers ou 40.000 francs environ de notre monnaie (1). Sénèque, au dire de Tacite, s'était enrichi en quatre années de 300.000.000 de sesterces équivalant à 60.000.000 de francs et nous savons que Cicéron, qui se lamentait sur le luxe de ses concitoyens, écrivait ses plaidoiries sur une table de citre qui lui avait coûté l'équivalent de 20.000 francs de notre monnaie.

Le goût du luxe se généralisa avec l'Empire, le commerce s'en accrut et si le monde avait peine à satisfaire aux caprices multiples nés de cette opulence, toutes ses ressources étaient du moins mises à contribution par les commerçants. Rome recevait pour la construction ou l'ornement de ses palais, les marbres de la Grèce, de l'Asie Mineure, de l'Egypte et de la Numidie ; pour la parure de ses patriciennes, les pierres précieuses et les étoffes chatoyantes de l'Orient, les fourrures de la Scythie, l'ambre de la

1. Plutarque. *Vita Luculli*, in fine, § 41.

Baltique ; pour leurs festins, les paons de Samos, les faisans de Colchide, les lamproies de Tartessus, les pintades de Numidie, les oies de la Gaule. Tout cela suppose un commerce très étendu : et ce commerce eut alors le rôle bienfaisant de rapprocher les cités et les peuples les plus différents et de créer pour trois siècles, sinon l'idée d'une commune patrie, au moins le même intérêt à conserver la paix romaine.

Pendant les trois premiers siècles de l'Empire, jusqu'au règne de Constantin, Rome fut, au sens strict du mot, la capitale du monde. Elle en fut la tête et le centre. Aucune autre ville, pas même Alexandrie ou Antioche ne pouvait rivaliser avec elle. Le trafic avec le monde entier y était intense et procurait à la ville une source intarissable de spectacles, variant toujours. Il accumulait dans les magasins, les boutiques et les échoppes, les productions les plus rares des pays les plus lointains, comme les plus magnifiques ouvrages de l'industrie et de l'art de tous les peuples. A Rome, on pouvait examiner à loisir les marchandises de l'univers entier. Les plus belles boutiques, sous Domitien, se trouvaient dans le grand clos des Septa. C'est là qu'on allait se pourvoir de beaux esclaves, de meubles de luxe, de vaisselle et d'objets de toute nature en bois fin, ivoire, écaille, bronze ou airain de Corinthe ; de statues grecques, de coupes anciennes artistement ciselées, de cristaux, et de ces *murrhins* dont parle

Pline qui marquaient le signe de l'opulence et le triomphe du luxe par leur fragilité même qui faisait qu'à chaque instant ils pouvaient périr tout entiers (1).

La voie Sacrée était le centre de l'orfèvrerie et de la joaillerie : les grands dépôts de marchandises de l'Egypte et de l'Arabie se trouvaient au Forum de la Paix ; le principal débit des soieries, des parfums, et des épices pour lesquelles Domitien fit construire ses greniers à poivre (*Horrea piperataria*), dans le faubourg Toscan (*vicus Tuscus*) et probablement aussi dans les galeries du grand cirque (*circus maximus*) (2).

Ce grand commerce fut un commerce exclusivement d'importation. Les Romains recevaient tout et ne laissaient sortir de leurs frontières que le numéraire destiné à solder leurs achats et qui lui-même leur venait des nations conquises : ils firent de leur ville un centre de consommation, où les trésors de tous les vaincus venaient se détruire sans compensation.

L'exportation, en effet, ne compte pas.

L'importation atteint au contraire des proportions colossales. Le transport des marchandises, notamment sur le Tibre, le déchargement sur le port,

1. Pline, XXXIII, 11.

2. Tacite. *Annales*, XV, 38.

le dépôt et le magasinage, l'administration et la surveillance des magasins, le courtage multiple entre le grand et le petit commerce, tout cela occupe des milliers d'hommes, mariniers et plongeurs, mesureurs, commis aux écritures, magasiniers, courtiers de marchandises, commissionnaires, portefaix : le marché de l'argent de même ; à côté des grands banquiers, se trouve un nombre certainement très considérable de prêteurs de petites sommes, d'agents de change et de changeurs (1).

L'une des meilleures preuves de la prospérité du commerce de Rome, est la grande division du travail qui s'est introduite au sein même des anciennes corporations. De l'ancienne corporation des cordonniers, l'une de celles que l'on disait avoir été fondées par Numa, se détache une corporation de bottiers : il y avait près d'eux des fabricants de sandales, de pantoufles et souliers de femme (2). Le métier de la chaudronnerie comprenait les fondeurs de cuivre, les fabriquants de candélabres, de lanternes, de poids, de casques et de boucliers ; celui de ouvriers en fer, les serruriers, les couteliers, les fabricants de haches, de pioches et de faucilles et les fourbisseurs. La fabrication des ouvrages d'art

1. Martial, V. 17. 4 ; II, 57, 7. — Suétone. *A Caligula*, ch. XL. — Pétrone, ch. LVI.

2. *Collegium fabrum, solearium, baxearium*. — Marquardt, *Vie privée des Romains*, II, p. 23.

en métaux précieux occupait des modeleurs, des fondeurs, des brunisseurs, des doreurs, des sculpteurs, des ciseleurs et des bosseleurs, la bijouterie des ouvriers en perles et des lapidaires taillant et polissant les pierres fines (1). A côté des grandes corporations de joailliers et d'orfèvres, il y avait une corporation spéciale de fabricants de bagues (2), ainsi que les batteurs d'or.

La division du travail est surtout développée dans les industries d'art où les énormes besoins du luxe entraînent une production de quantités également inouïes et par suite un mode d'exploitation tenant du régime de fabrique : il existait pour la peinture murale appliquée à la décoration des appartements et des vestibules, des corporations de décorateurs dans lesquelles les peintres d'arabesques, de fleurs, d'animaux et de figures coopéraient avec des paysagistes et des badigeonneurs, sous une seule et même direction. Il y avait des ouvriers dont le travail se bornait à mettre aux statues des yeux colorés (3).

1. Marquardt, *ibid.*, II, p. 359. — Voir aussi dans *Burmann Anth. Lat.* IV, n° 103, l'épithaphe romaine d'un jeune esclave « NOVERAT HIC DOCTA FABRICARE MONILIA DEXTRA, ET MOLLE IN VARIAS AURUM DISPONERE GEMMAS ».

2. *Collegium annularium Corp. Insc. Lat.*, I, 1017.

3. Orelli. *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio* 1828, n° 4224. — *Corp. Insc. Lat.*, VI, 9403. *M. Rapi-lius Serapio. Hic Ab ara marmor oculos reposuit statius qua. ad. vixit bene.*

Tout démontre l'activité commerciale intense : les rues, trop étroites pour contenir la foule, sont dénommées d'après le trafic ou l'industrie de leurs habitants (1) : il y avait la rue des marchands de grains, *vicus frumentarius* ; celle des corroyeurs, *vicus lorarius* ; celle des marchands de bois, *vicus materiarius* ; celle des vitriers, *vicus vitrarius* ; celle des fabricants de sandales, *vicus sandaliarius* ; celle des parfumeurs *vicus unguentarius*, celle des fabricants de faucilles, *inter folcarios* (2).

Cette activité commerciale n'est pas limitée à la capitale. Il est certain qu'elle eut sa répercussion dans tout l'Empire et pendant la « Paix romaine » la prospérité des provinces nous est prouvée suffisamment par le nombre infini de constructions monumentales dont les villes couvraient l'Empire et qui supposent une richesse que l'on n'a retrouvée que de nos jours.

Cette aisance générale résulte de la pénétration et de la mise en culture d'immenses territoires et de l'extension d'un commerce qui transportait en tout lieu les produits du sol, de l'industrie et de l'art.

Pour nous en tenir au seul exemple de la Gaule, il est incontestable que le trafic y prit des proportions considérables à la suite de la colonisation ro-

1. Marquardt. *Vie privée des Romains*, t. II, p. 30 et suiv.

2. Cicéron, *in Catil*, l. 4. 8.

maine. Déjà Cicéron, dans son plaidoyer pour Fontéius, que Rome avait envoyé comme prêteur dans la Gaule Narbonnaise et sur qui pesait une grave accusation de concussion, affirmait que « la Gaule était peuplée de négociants et de citoyens romains, qu'aucun Gaulois ne trafiquait sans eux et que pas un écu ne circulait dans cette province, qu'il n'en fût fait mention sur les registres des citoyens romains (1). »

L'opulence de Marseille devint promptement le point de mire des conquérants qui lui créèrent une rivale dans Narbonne, fondée au pied des Pyrénées, comme Marseille l'était à la base des Alpes : cette colonie nouvelle, formée de citoyens romains, sentinelle avancée de l'Empire et rempart élevé contre les nations hostiles, était destinée par la Rome impériale à devenir la métropole de la Gaule narbonnaise. Cent ans après sa fondation, elle était devenue l'une des plus riches et des plus florissantes de la région. Mais le mouvement commercial s'étendit vite à toute la Gaule, et, au ^{II}^e siècle, il était devenu très fort. La rapidité des transports s'était accrue avec l'amélioration des voies de communication. La fertilité de ses campagnes et l'exploitation de ses forêts lui permettaient de trafiquer avantageusement avec les provinces les plus éloignées de l'em-

1. Cicéron. *Pro Fonteio*, IV.

pire romain. Elle exportait des blés d'Aquitaine et du Dauphiné (pays des Allobroges), du lin du Quercy (pays des Cadurques), et du Berry (pays des Bituriges), du chanvre, de l'Auvergne et de la vallée du Rhône, du nord de la Provence, du bois de ses montagnes, des chevaux de la Belgique, des laines de la Narbonnaise, des fromages des Alpes, des jambons de la Séquanais (Franche-Comté), des fers du Sénonais, du Périgord, du Rouergue et de la vallée du Rhône, du cuivre des Pyrénées, des Alpes et des Cévennes, de l'étain du Limousin, du plomb argentifère du Rouergue (pays des Rutènes), des toiles fabriquées à Cahors, des tapis de la Narbonnaise, des soies bariolées de presque toute province et des vins dont l'étranger commençait à apprécier la qualité.

La noblesse de ce temps-là n'avait plus les anciens préjugés. Dion Chrysostome nous montre son aïeul, son père, et lui-même se remettant aux affaires, après s'être ruinés au service de leur municipe et rétablissant par une industrieuse activité leur fortune compromise dans les charges publiques (1). De sévères règlements pour les poids et mesures et la permanence du titre de la monnaie impériale donnaient au commerce une sécurité qu'il n'avait jamais connue ; enfin, les voies militaires avaient accompli une révo-

1. Dion. *Orat.*, XLVI

lution analogue à celle de nos chemins de fer : c'est ainsi que dans l'ancienne Gaule, plus de 22.000 kilomètres de voies gallo-romaines ont été déjà découvertes.

Le monde s'était ouvert, les retraites les plus reculées étaient devenues accessibles, toutes choses circulaient en sécurité et sans entraves : c'était notre libre-échange avec ses conséquences heureuses pour l'abondance et le bas prix des marchandises. Toutes les denrées du monde affluaient à Rome par le Tibre que Pline, dans son *Histoire naturelle* (1) appelle :

Rerum in toto orbe nascentium mercator placidissimus (2).

Rôle des esclaves dans le commerce.

Au temps de la Rome primitive, le rôle des esclaves est aussi restreint que celui du commerce lui-même. A cette époque, l'esclave travaille dans l'atelier domestique, l'économie familiale exige que chaque maison se suffise à elle-même et les échanges n'existent pas. Mais cet état de choses ne dura pas longtemps et à cette économie domestique et fermée succède, ou mieux se juxtapose une économie monétaire reposant sur les échanges.

1. Pline, III, 54 et II, 240.

2. Aussi Plutarque : *De fortuna Rom.* 12.

Les ateliers domestiques composés d'esclaves destinés autrefois exclusivement à fournir la famille ouvrent une porte sur le dehors par où s'écoule le surplus de leurs produits ; cette simple percée sur la rue change leur caractère et l'esclave domestique devient un marchand. Ce caractère mixte des exploitations, à la fois commercial et familial, apparaît vers la fin des guerres puniques : l'esclave devenu commerçant reste encore domestique par certains côtés. Le commerce n'était pas encore assez développé pour fournir de suite des débouchés aux capitaux immenses que la conquête du monde faisait affluer à Rome. Et, de plus, les grandes entreprises financières et de travaux publics conduites par les publicains attirèrent la fortune de tous les riches Romains : durant toutes les guerres civiles la fureur de la spéculation n'a d'égale que celle des partis.

Avec l'Empire et la « Paix romaine », les publicains virent diminuer leur prérogatives et leur influence et c'est alors que se développe le rôle des esclaves dans le commerce et qu'il atteint son apogée. A Rome, dans les provinces, partout on trouve l'esclave commerçant faisant valoir l'argent de son maître de mille manières, le plus souvent par le commerce de banque, c'est-à-dire par le commerce du commerce. L'esclave remplace en partie ce qu'avaient été à la fin de la République, les grandes sociétés de publicains. Bien que dépourvu de droits,

et peut-être pour cette cause, il devient le véritable agent du commerce.

Deux causes amènent ce résultat : c'est d'abord le dédain où la nation tout entière tenait le petit commerce : les pauvres de naissance libre croyaient déroger en s'y livrant. Cicéron avait dit (1) que sur l'escabeau d'atelier où l'artisan gagnait le pain quotidien, rien de noble ne pouvait se poser : Juvénal avait ridiculisé ces artisans pour lesquels les cuirs puants étaient aussi agréables à vendre que les essences de parfumerie, puisque pour eux, l'argent gagné sentait toujours bon (2), et le préjugé continuait à régner, entraînant à sa suite une aversion irrésistible pour les petits métiers et le petit commerce. Aux gens du petit commerce, on ne manquait pas de reprocher le soin le plus innocent et le plus légitime de leur intérêt. Ainsi, Pline l'Ancien dit que les marchands d'habits faisaient la plus grande attention au coucher de la pléiade, le 11 novembre, parce que, selon qu'il avait lieu dans un ciel nuageux ou serein, il présageait un hiver pluvieux ou rude ; or, dans le premier cas, ils élevaient le prix des manteaux ; dans le second, celui des fourrures et voilà ce que le grave naturaliste trouve

1. Cicéron. *Catilin.*, IV, 7, 17.

2. Juvénal, XIV, 200. *Nec credas ponendum aliquid discriminis inter Unguenta et corium. Lucri bonus est odor ex re qualibet.* »

très mal de la part de ces braves gens (1). Mais s'agissait-il des personnes des classes supérieures, on ne trouvait rien à redire aux affaires même les plus sordides, parce qu'elles s'y servaient de l'entremise d'esclaves et d'affranchis et savaient ainsi se préserver, en apparence du moins, de la souillure des profits malhonnêtes tels que par exemple, celui des loyers des maisons où elles trouvaient leur compte à laisser s'étaler la prostitution (2).

Cet effacement du maître derrière des esclaves s'est généralisé avec l'Empire : ils agissent pour lui, ou mieux, ils sont un autre lui-même agissant, ils encourent la honte attachée au commerce, tandis que le maître, invisible derrière eux, recueille le profit.

La seconde cause qui prédestinait les esclaves au trafic c'est qu'au point de vue commercial ils étaient souvent supérieurs à celui-ci.

D'une part, en effet, les esclaves sont pour la plupart d'origine orientale, ils savent les langues étrangères, peuvent nouer facilement des relations avec leurs anciens compatriotes ou attirer les clients étrangers dans les boutiques de Rome en parlant leur langue ; ils sont plus souples en affaires que leurs maîtres et, n'étant pas astreints au service

1. Pline. *Hist. nat.*, XVIII, 225.

2. Digeste, 3, 27. § I. *Nam et in multorum honestorum virorum proediis lupanaria exercentur.*

militaire, ils peuvent fournir un travail continu, avantage précieux pour le commerce. D'autre part, le maître dédaignant le commerce, l'esclave avait le champ libre et c'est ce qui explique le nombre des esclaves employés au commerce. Cette supériorité commerciale des esclaves employés est, croyons-nous, un trait particulier et original du monde romain car, chez les Phéniciens, les Grecs et les Carthaginois, le maître, plus riche et mieux instruit que son esclave, également habile aux affaires, dirige lui-même les entreprises. Les riches Romains ont su du moins suppléer à la seule chose qui leur manquât, à savoir la souplesse, le flair commercial, en se servant comme d'instruments de ceux qui possédaient ces qualités et comme ils avaient les capitaux, la comptabilité rigoureuse, la précision juridique et l'esprit de suite, ils sont devenus des commerçants puissants. Ils ont tourné le préjugé défavorable au commerce, en employant une partie de leurs richesses, les esclaves, à faire valoir l'autre, les capitaux.

Deux combinaisons étaient ici possibles pour le maître : la première consistait à les placer comme préposés (*institores, magister navis*) à la tête d'une entreprise toute montée. Nous trouvons de nombreux exemples de cette situation au titre : *De institoria actione* (1).

1. D. XIV, 2.

Esclaves et fils de famille préposés : *tabernæ-cui-libet negotiationi-cuicumque negotio-tabernæ loco ve ad emendum vendendum ve* ou *sine loco* (s'il porte à domicile)-*frumento cæmendo-pecuniis fænerandis, agris colendis, mercutaris, redempturisque faciendis-pecuniis tantum fænerandis-apud mensam pecuniis accipiendis-merci oleariæ-mensæ nummulariæ-ad pensionem pro taberna exsolvendam-ad mercium distractionem-ad emendum*. Tous ceux qui remplissent la profession de capitaine de navire *magister navis* et auxquels est consacré le titre *de exercitoria actione* (1) sont aussi des esclaves préposés : ceux-ci tiennent lieu du maître et l'engagent *in solidum* pourvu qu'ils agissent dans les limites de la *lex præpositionis* qui correspond assez bien à la partie de nos statuts de société définissant les pouvoirs des gérants ou administrateurs. *Conditio autem præpositionis servanda est...* (2). Le maître est ici tenu de tous les engagements pris par son esclave comme un associé en nom collectif ; c'est du maître que les tiers suivent la foi en traitant avec son esclave : il n'y a ici, à la vérité, qu'une société latente puisque l'un des associés, l'esclave, n'a pas la capacité juridique ; mais quand cet esclave sera affranchi, il portera parmi ses noms celui de son

1. D. XIV, I.

2. D. XIV, 3, II § 5.

patron : ce sera la raison sociale de cette société qui existe entre eux. Les affranchis commerçants ont vu leur nombre s'accroître sans cesse sous l'empire ; cela se conçoit aisément : les esclaves dont l'affranchissement par masses ne discontinuait pas, devaient tout naturellement s'appliquer à gagner leur vie en persistant dans le genre d'affaires qu'ils avaient pratiqué dans la servitude pour leur maître.

Le second mode d'emploi des esclaves consistait à leur confier une partie de son patrimoine avec mission de le faire fructifier. Cette partie confiée s'appelait pécule, mais il importe de remarquer dès ici, que nous ne sommes pas exclusivement en présence de ce misérable pécule que l'esclave amassait péniblement au prix de privations sur sa nourriture, d'économies sur son viatique, ou grâce à quelques menus profits que le maître lui abandonnait. Il s'agit ici de sommes souvent considérables et la preuve en est que dans le pécule se trouvent fréquemment des esclaves (*vicarii*), ayant eux-mêmes un pécule et dans ce pécule d'autres esclaves.

Il s'agit ici d'une fraction détachée du patrimoine du maître et constituant un véritable capital pouvant servir de base à des entreprises souvent très importantes. L'esclave n'est plus un préposé, mais un entrepreneur commandité. Le maître n'est plus responsable sur toute sa fortune des engagements pris par l'esclave, il limite ses pertes au montant du

pécule concédé, il joue donc par rapport à son esclave le rôle d'un commanditaire.

Ici apparaît une objection : il semble étonnant de voir confier à des esclaves des sommes très importantes ; comment ces hommes dont la moralité n'est pas à toute épreuve, ne se sauvent-ils pas avec le pécule ? C'est ici qu'apparaît le plus grand avantage que présentait l'emploi d'esclaves sur celui d'hommes libres : l'esclave a comme perspective la liberté, la moindre infidélité peut l'en priver et cette liberté qui vaut mieux pour lui que tous les millions, son maître seul peut la lui donner en l'affranchissant devant le magistrat ou dans son testament, ou en lui promettant de le faire inscrire sur les registres du cens. Les Romains tirèrent le meilleur parti de la situation au grand avantage de leurs esclaves, les premiers obtenant l'honnêteté pour la promesse de la liberté, et les seconds conquérant la liberté par l'honnêteté.

Nous n'avons pas ici pour but de suivre l'esclave dans la gestion de son pécule ni d'exposer les rapports juridiques qui le lient avec son maître ou les tiers. Nous nous proposons seulement d'envisager l'hypothèse de l'insolvabilité de l'esclave commerçant avec des marchandises tirées de son pécule et d'étudier la liquidation de ce pécule que les textes appellent la *tributio*.

Cette *tributio* est pour l'esclave commerçant, ce

que la *venditio bonorum* est pour l'homme libre devenu insolvable : l'organisation de la faillite, et l'action *tributoria* sert à en assurer le bon fonctionnement.

La *tributio* a un caractère exclusivement commercial, car ce qu'il y a de plus commercial, c'est l'absence même d'action. Voici la situation : l'esclave entrepreneur a un pécule ; il le consacre en tout ou en partie à un commerce ; le maître ferme les yeux : la partie du pécule consacrée au commerce par l'esclave lui sert à acheter des marchandises, à louer une boutique, à la garnir du mobilier nécessaire, à acquérir des esclaves qui l'aideront ; ainsi le pécule tout entier ou une partie du pécule est manifesté au public, est rendu visible aux yeux du tiers ; ceux-ci traitent avec l'esclave sur la foi de ce qu'ils voient, aucune action ne leur est donnée, pas même une action *adjectitiæ qualitatis* pour se faire payer, du moins les textes n'en laissent voir aucune trace (1). Et, en effet, ils ne sauraient avoir d'action contre le maître, qui, par cette combinaison, veut se tenir en dehors du commerce fait par son esclave ; ils ne peuvent en avoir contre l'esclave qui est incapable de s'obliger autrement que naturellement et cependant un tel système a fonc-

1. Ils ont bien l'action *de peculio*, mais s'ils en usent, le maître exercera son privilège de déduction.

tionné. Est-ce à dire que toutes les opérations se faisaient au comptant ? Nous ne le pensons pas ; le commerce ne se conçoit pas sans le crédit, les mœurs, les intérêts bien entendus faisaient que l'esclave s'acquittait de ses obligations, bien qu'aucun moyen de contrainte ne pût s'exercer contre lui, du moins à notre connaissance.

Il faut ajouter que le maître, et probablement aussi le prêteur, surveillaient de plus ou moins près ce commerce. Quand ils estimaient l'affaire mal conduite et le passif supérieur à l'actif, le maître reprenait le pécule et devait le distribuer entre les divers créanciers en subissant avec eux le concours au marc le franc pour les créances qu'il pouvait avoir contre son esclave. Et s'il s'y refusait, ils avaient pour l'y contraindre l'action *tributoria*, qui nous apparaît, contrairement à ce que son nom semble indiquer, comme une simple action en responsabilité contre le maître en tant qu'il aurait manqué à ses devoirs de syndic et qu'il en serait résulté un préjudice pour un ou plusieurs créanciers. Remarquons que le maître, en dirigeant la liquidation du pécule commercial, agissait comme liquidateur et non comme maître : il n'avait aucun privilège. L'action *tributoria* avait pour but, non d'obtenir cette répartition, mais d'en assurer l'exactitude et de la rectifier en cas de dol de la part du maître. Cette organisation à part était le résultat du commerce, la preuve, c'est qu'elle ne s'appliquait pas à la partie

non commerciale du pécule, sur laquelle le maître conservait tous ses privilèges. Nous insistons sur cette idée de commercialité, car elle est le véritable critérium qui permet de distinguer le champ d'application de l'action tributoire, de celui de l'action *de peculio*. Ceci apparaît d'une façon évidente dès les premières lignes du titre IV du livre XIV au Digeste (1). « *Hujus quoque edicti non minima utilitas est: ut dominus qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio duntaxat teneatur, cujus peculii æstimatio, deducto quod domino debetur fit), tamen si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc edicto in tributum vocetur.* »

Ce sont les exigences du commerce qui ont fait naître l'action *tributoria* et entraîné cette dérogation considérable aux principes admis en matière de pécules. S'agit-il d'un pécule dont les affaires sont commerciales, la liquidation en sera effectuée d'après le principe de l'égalité des parts entre les créanciers, nous dirions aujourd'hui le principe de la faillite. S'agit-il d'un pécule non commercial, on intentera l'action de *peculio* qui suit le principe opposé de l'inégalité dans la répartition, nous dirions aujourd'hui le principe de la déconfiture.

Dans autant de chapitres distincts, nous nous

1. Ulpianus, lib. 29. *Ad Edictum*.

proposons d'étudier l'origine de l'action *tributoria*, sa nature, sa formule, ses conditions d'exercice, ses effets et ses modes d'extinction.

CHAPITRE PREMIER

Origine de l'action tributoire

Dans l'état actuel de la science du droit romain, l'origine de l'action *tributoria* et la date d'apparition de cette action n'ont pu être fixées d'une façon certaine et définitive. Les auteurs qui traitent des actions *adjectitiæ qualitatis* sont nombreux, mais fait curieux, la plupart ne se préoccupent pas de cette question intéressante. Les commentateurs allemands eux-mêmes dont les patientes investigations ont tant fait avancer la science du droit romain, n'ont pas, pour la plupart, envisagé ce problème. Sont notamment muets sur ce point : Bethmann-Hollweg (1), Keller (2), Vangerow (3), Brinz (4).

1. Bethmann--Hollweg. *Theorie des Civilprozess*. Berlin, 1827.— *Handbuch der Civilprozesse*. Bonn, 1834. — *Civilprozess*. Bonn, 1864-1874.

2. Keller. *Institutionen*. Leipzig, 1861. — *Roemisches Civilprozess*, 6^e édition. Leipzig, 1883.

3. Vangerow. *Lehrbuch der Pandekten*. Marburg, 1863-1869.

4. Brinz. *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen, 1873-1892.

Puchta (1), Rudorff (2), Glueck (3), Baron (4), Wlassak (5), Dernburg (6), Windscheid (7). Savigny et Jehring ne sont pas plus explicites et c'est là une preuve manifeste de la difficulté de la question.

Il est certain que l'action *tributoria* appartenant au groupe des actions *adjectitiæ qualitatis*, date de l'époque de ces actions, mais ce raisonnement ne résout pas le problème : il faudrait tout d'abord savoir quand ces actions sont apparues. On sait bien qu'elles sont des créations du droit prétorien (8) et qu'elles sont inscrites dans l'édit du préteur ; mais peut-on se contenter de dire qu'elles apparaissent entre 450 et 63 avant Jésus-Christ ? C'est pourtant ce que fait Hugo dans sa *Römische Rechtsgeschichte* ; il place les actions adjectives dans une période comprise entre les XII Tables et Cicéron.

Il faut aller plus loin. La doctrine la plus répandue et celle qui paraît la meilleure à M. le profes-

1 Puchta. *Institutionen*. Leipzig, 1875.

2. Rudorff. *Roemische Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1875.

3. Glueck. *Ausfuehrliche Erlaeuterungen der Pandekten*, XIV. Erlangen, 1797-1889.

4. Baron. *Die adjecticischen Klagen*. Berlin, 1882.— *Institutionen und Civilprozess*. Berlin, 1884.

5. Wlassak. *Prozessgesetze*. Leipzig, 1888.

6. Bernurg. *Pandekten*, 7^e édition. Berlin, 1902.

7. Windsch. *Lehrbuch des Pandektenrechtes*, 9^e édition. Frankfort, 1906.

8. Digeste I, pr. *De Trib. act.*, XIV, 4.

seur Girard (1) est que les actions *adjectitiæ qualitatis*, comme toutes les actions prétoriennes, n'ont été introduites qu'après l'apparition de la loi *Æbutia* ; la date de notre action, d'après l'éminent professeur, ne peut être établie scientifiquement que par un procédé : par la fixation des termes extrêmes, par la détermination des témoignages les plus récents qui impliquent qu'elle n'existe pas encore et des témoignages les plus anciens qui impliquent qu'elle existe déjà.

Ce procédé nous conduit à dire que la création de l'action tributoire se placerait donc entre ces deux dates extrêmes : la naissance de la loi *Æbutia* et l'époque de Labéon, qui connaît certainement notre action (2).

Or, d'une part, il est généralement admis que la loi *Æbutia* se place entre une date postérieure à l'an 605, où des lois positives ne paraissent encore connaître comme moyen d'agir que la *legis actio*, et les environs de l'an 628 à partir desquels on rencontre de tous côtés des vestiges des pouvoirs nouveaux du magistrat (3).

D'autre part, le jurisconsulte Labéon est de l'époque d'Auguste.

1. Girard. *Manuel*, 2^e édit., 1898, p. 649, n^o 3 et 651, n^o 1, 4 et 5 ; p. 652, n. 3 ; p. 653, n. 6.

2. Digeste 14-4, *De Trib. act.*, 7-4 ; 9-2.

3. Girard, *op. cit.*, *Sur la date de l'Action Æbutia*, p. 971.

C'est donc entre ces deux périodes extrêmes qu'il faut faire naître les actions *adjectitiæ qualitatis*, et parmi elles, celle qui fait l'objet de notre étude, *la tributoria*.

Certains auteurs ont voulu pousser plus loin leurs recherches et de considérations différentes, ils ont tiré des conclusions originales. Ainsi Mitteis (1) estime que les actions adjectices furent introduites au moment précis où la représentation serait devenue une institution reconnue du droit romain, par suite du développement des contrats consensuels.

Cette opinion nous paraît erronée. Ce n'est pas parce que le principe de la représentation avait été écarté à dessein que les actions adjectices furent créées. Il nous semble plus vrai de dire que le commerce se passa de la représentation, précisément parce que les actions adjectices existaient, qui palliaient les inconvénients du principe de la non-représentation dans les actes juridiques. Mitteis fixe l'apparition de l'action *institoria*, qu'il paraît considérer comme la plus ancienne des adjectices, au vi^e siècle de la ville, et il s'appuie sur un passage de Tite-Live où il est dit que Terentius Varron — consul en l'an 536 lors du désastre de Cannes — avait

1. Mitteis. *Die Lehre der Stellvertretung*. Vienne, 1885, p. 25.

été *institor mercis* dans sa jeunesse. On lit, en effet, au livre XXII, chapitre XXV *in fine* qui concerne l'an 535 ab. U. C. « *Unus inventus est suator legis C. Terentius Varro qui priore anno prætor fuerat, loco non humilli solum, sed etiam sordido ortus : patrem lanium fuisse ferunt, ipsam institorem mercis, filio que hoc ipso in servilia ejus artis ministeria usum* »

Nous ferons remarquer ici avec V. Ledersteger (1), que Tite-Live appelle ces *ministeria servilia* à cause des idées et des conventions de son temps. Il ne dit pas, comme il l'avait fait pour Flavius au livre IX, chapitre XLVI *principio*, si le père de Varron était *libertinus* ou dans un état de dépendance. Il est certain, qu'un homme libre et indépendant, tel Horace, pouvait gérer un commerce et il devait être question d'un homme libre dans l'exemple cité. Le commerçant libre, qui, au temps d'Horace était devenu l'exception, devait être la règle générale, au temps de la jeunesse de Varron, à l'époque de la première guerre punique.

Il ne suffit pas de supposer — car à défaut de sources authentiques, il s'agit de suppositions — et d'admettre que les actions *adjectitiæ qualitatis* datent du ^{xviii}xvii^e siècle de la ville : il serait intéressant de

1. « Ledersteger : Entwicklung der Stellvertretung im römischen Rechte nach den lateinischen Quellen ». Erlangen, 1902.

connaître l'ordre d'apparition de ces diverses actions et la place de l'action *tributoria* dans ce groupe. Bekker a cherché à déterminer ce point par l'ordre dans lequel ces actions sont inscrites dans l'Edit. « Il n'est pas invraisemblable, écrit-il (1) que la naissance historique *das geschichtliche Werden* ait fixé le rang dans l'Edit, en sorte que les *superiores actiones* seraient l'*exercitoria*, l'*institoria*, la *tributoria*. Celle-ci eût donc été la troisième dans l'ordre des dates. Et Bekker remarque que si le prêteur avait exposé tout d'abord les actions *in solidum*, comme le veut Ulpien, l'action *quod jussu* n'eût pas dû passer en dernier lieu.

L'idée de Bekker a été combattue par Karlowa dans sa *Römische Rechtsgeschichte* (2). L'ordre dans lequel les actions adjectices sont étudiées dans le Digeste, dit cet auteur, n'a pas été inventé par les compilateurs : il apparaît déjà dans l'Edit d'Hadrien, mais ce n'est pas leur date qui a déterminé le rang de chaque action dans ces deux énumérations. Ce rang provient d'un exposé systématique ; l'ordre d'inscription dans l'Edit n'est donc pas chronologique.

Quelques auteurs, partant de considérations empiriques, ont conclu que l'*actio tributoria* était plus

1. Bekker. *Aktionen*, II, p. 120.

2. Bekker. *Aktionen*, II, p. 120.

spéciale que l'*actio de peculio*. Ce sont notamment Dietzel (1), Bekker (2), Mandry (3).

L'un d'entre eux, Bekker, part de là pour affirmer la priorité de l'action tributoire, contrairement à l'opinion généralement admise, et la seule raison qu'il en donne est « que l'on conçoit plus facilement qu'une action spéciale comme la *tributoria* ait apparu avant qu'après l'*actio de peculio* ».

Mandry adopte l'opinion contraire : il a traité moins rapidement que les autres la question de la date de l'action *tributoria* sans toutefois parvenir à une solution plus précise.

Dans son *Gemeines Familiengericht* (4), il constate trois choses :

1° L'*actio tributoria* est citée par les juristes du temps d'Auguste, notamment par Labéon, D. XIV, 4: 5, §§ 16 et 13 (plus exactement §§ 7 et 13) (5) ;

2° Il est impossible de trancher la question de savoir depuis combien de temps l'action existait avant que d'être citée par Labéon : on ignore de même si l'action *tributoria* était accordée par le prêteur dans des cas concrets avant son inscription dans l'Edit ;

1. Dietzel. *Zeitschrift für Handelsrecht*, II, p. 1-18.

2. Bekker. *Aktionen*, II, p. 120.

3. Mandry. *Familiengericht*, II.

4. Mandry. *Gem. Fam.*, t. II, p. 217 et suiv.

5. M. le professeur Girard qui admet cette opinion, cite également : D., h. t., 7-4, 9-2. *Manuel*, p. 653,

3^o Les actions adjectives datent-elles toutes de la même époque ? Ont-elles été inscrites en même temps dans l'Edit ou bien seulement les unes après les autres ? Quel serait alors l'ordre des naissances et des réceptions ?

Autant de questions que l'on ne tranche que par des conjectures.

Unterholzner (1) estime que l'*actio tributoria* pourrait bien avoir précédé l'*actio de peculio*, tandis que Chambon (2) la croit la cadette de toutes les actions adjectives. Enfin, Kuntze (3) prétend que la *merx peculiaris*, partant l'action *tributoria*, est due au développement du pécule civil, par suite de l'*actio de peculio*.

Mandry (*op. cit.*) remarque que l'*actio tributoria* a pour but d'obvier aux inconvénients de l'*actio de peculio*.

Il semble donc que l'on doive conclure à l'antériorité de l'action *de peculio*. Cette solution paraît la plus logique et la raison en est la suivante : l'action tributaire est un perfectionnement évident de l'action *de peculio*. Grâce à l'action *tributoria*, on obtient l'égalité de toutes les dettes de la personne sous puissance et le parallélisme entre le pécule

1. Unterholzner. : *Schuldverhältnisse*, I, p. 436.

2. Chambon. *Beitræge*, p. 193.

3. Kuntze : *Kursus*, p. 606.

obéré de cette personne, et le patrimoine, endetté lui aussi, de son maître : ce sont là deux avantages pour les créanciers, deux progrès du droit.

Comment admettre qu'une nouvelle action est ensuite créée, qui n'admet plus ni cette parité, ni ce parallélisme ? Ce résultat est tellement extraordinaire qu'on n'arrive pas à le comprendre et qu'il ne s'explique pas.

Par contre, remarque Mandry, la structure de l'action *tributoria* apparaît si différente dans ses détails de celle de l'action *de peculio*, qu'il est bien difficile de certifier que l'action *tributoria* ait été créée après l'action *de peculio*, dans le but d'adapter cette dernière action aux besoins du commerce.

En résumé, la recherche de la date de l'action *tributoria* n'a pas été poussée au delà de prudentes approximations et les auteurs contemporains, malgré de persévérantes recherches, n'ont pu encore élucider ce point obscur.

CHAPITRE II

L'Édit perpétuel et l'action « *tributoria* »

L'Édit perpétuel du préteur contenait certainement des dispositions sur l'action *tributoria* et sa nature. Cet Édit n'existe plus, mais les commentaires qu'en ont faits les jurisconsultes romains ont permis aux romanistes modernes de le reconstituer dans ce qu'il a d'essentiel.

En ce qui concerne l'action *tributoria*, les principaux commentaires sont un texte des *Institutes* (1), un passage des *Commentaires* de Gaïus (2) ; enfin, dans la longue compilation des 50 livres des *Pandectes*, une partie du quatorzième livre, dont le titre IV traite de l'action *tributoria*.

Le texte des *Institutes*, d'une concision remarquable est ainsi conçu : « *Introduxit et aliam actionem prætor quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit : ita prætor*

1. *Institutes*, liv. IV, tit. VII, § 3.

2. Gaïus, ch. IV, § 72.

jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id, inter dominum si quid ei debetur, et cæteros creditores pro rata portione distribuatur ; et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur » (1).

Le passage des *Commentaires* de Gaius (2) offre avec le précédent la plus grande analogie. Il déclare qu'on a établi l'action *tributoria* contre le père pour le fait de ses fils ou de ses filles et contre le maître pour le fait de ses esclaves, lorsque le fils ou l'esclave auront fait le commerce sur leur pécule, à la connaissance du père ou du maître : « *Quum filius servus ve ei peculiari merce, sciente patre domino ve negociatur. Nam si quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter patrem dominum ve, si quid ei dedebitur, et cæteros creditores pro rata portione distribuatur, et quia ipsi patri dominove distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat quæ tributoria appellatur. »*

1. *Institutes*, liv. IV, tit. VII, § 3.

2. Gaius, ch. IV, § 72.

Enfin, au livre XIV des Pandectes, le titre IV qui est tout entier consacré à notre matière, et qu'il serait trop long de reproduire ici, emploie des formules analogues, si bien qu'on peut, sans témérité, soutenir que l'Édit, en ce qui concerne l'action *tributoria*, nous a été restitué presque textuellement par Lenel (1), et ce qui le prouve c'est que certains passages d'Ulpien se retrouvent presque identiquement dans Gaius et dans Justinien. Certains mots, très importants pour déterminer la nature de notre action, sont ainsi mis en vedette :

Negotiari merce peculiari. Il s'agit donc d'un fonds de commerce constitué sur le pécule.

Sciente eo, in cujus protestate erit. C'est donc un esclave ou un fils de famille qui se livre au négoce, au su du maître ou du *pater*.

Il était dit dans l'Album que le partage devait être proportionnel *pro rata portione* et que le *dominus* n'était naturellement copartageant, que s'il était créancier de la personne en puissance *si quid ei debetur*.

C'était le maître lui-même qui devait s'occuper du partage : les commentaires du Digeste sont peu explicites à cet égard, mais le passage des *Institutes* (2) se charge de nous renseigner : *Prætor ipsi*

1. Lenel, t. I, p. 314.

2. *Institutes*, liv. IV, tit. VII, § 3.

domino distributionem permittit, et ideo tributoria vocatur.

Il est à remarquer ici que les textes parlent bien plus souvent du *dominus* que du *pater*, ce qui prouve bien que ces pécules commerciaux sont presque toujours confiés aux esclaves.

L'Edit devait, par conséquent, contenir une autre clause, d'après laquelle le maître lui-même était implicitement autorisé à procéder au partage en se conformant à la règle de l'égalité proportionnelle et le prêteur promettait de donner notre action contre lui dans le cas où cette règle eût été violée par le dol du maître.

Quæ actio dolum malum coerçet domini.

Cette condition du dol pour la mise en jeu de notre action est expressément formulée :

Si cujus dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit proestet.

Le but de notre action est donc de recouvrer ce qu'on a reçu en moins.

CHAPITRE III

Formule de l'action « tributoria »

La constitution des parties essentielles de l'Edit, en ce qui concerne l'action *tributoria* a amené certains auteurs, presque tous allemands, à rechercher quelle était la formule de cette action.

Présentant quelques observations sur le *peculium* en droit romain ainsi que sur la procédure dans les actions *adjectitiæ qualitatis*, Keller (1) donne la formule suivante :

Ea res agatur quod Aulus Agerius Titio servo qui in potestate Numerii Negidii est, quum is sciente Numerio, Negidio pecularii merce negotiaretur ejus mercis caussa (sic) vini Tarentini novi amphoras viginti ea lege dedit ut sibi Stichus servus tritici Africa boni medimnos centum daret ; quo nomine Numerius Negidius ab Aulo Agerio ex edicto meo, in tributum vocatus est, quidquid paret ob eam rem

1. Keller, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*. Leipzig, 1859, II, p. 195 et notes.

Stichum servum si liber esset, ex jure quiritium dare facere oporteret ex fide bona, quanto ejus minus quam ex edicto meo oportebat Aulo Agerio de illo peculio quod in illis mercibus, quibus Titius negotiatus est, continetur, quodque unde receptum conversumve in peculium est, dolo malo Numerii Negidii tributum est, tanti judex Numerium Negidium Aulo Agerio coudemna, si non paret absolve.

Dans ses *Institutiones* (1) postérieures de deux ans à cet article, Keller reproduit avec quelques légères variantes cette formule. Ainsi, après *medinos daret*, il ajoute *quod de re agatur*. Plus loin, au lieu de *ex edicto meo*, il écrit *ex edicto prætoris*. Après *si liber esset*, il supprime *ex jure quiritium* ; puis de nouveau, il écrit *ex edicto prætoris* à la place de *ex edicto meo*.

Comme on le voit, les deux versions sont presque identiques, ce qui n'a pas empêché Rudorff (2) de trouver le second libellé plus embrouillé ; il a du reste négligé de nous en donner la raison.

On a critiqué à juste titre cette formule : Keller donne comme sujet de *in tributum vocare* les créanciers plaignants. Cette opinion n'est pas conforme à la vérité. Les créanciers, affirme Lenel (3), sont appelés *in tributum* avec le maître de la per-

1. Keller. *Institutiones*, p. 164.

2. Rudorff. *Edictum perpetuum*, p. 113, n° 10.

3. Lenel. *Ed. perp.*, 2^e édit. p. 263, n° 7.

sonne en puissance. C'est ce qu'avait déjà remarqué Bekker (1). Il s'étonne que Keller se soit départi de son exactitude habituelle et ait intercalé cette incidente « *quo nomine Ns (dominus) ab A^o (creditore) ex edicto meo in tributum vocatus est* », car on ne lit dans aucun texte que le *dominus* soit appelé *in tributum* par un ou par tous ses créanciers. On peut inférer que le *dominus* lui-même « *in tributum vocatur* », c'est-à-dire qu'il est appelé pour sa quote-part, mais non par un créancier ; s'il fallait, en face du silence des textes, imaginer un appelant, ce serait bien plutôt le prêteur. Un auteur considérable, Karlowa (2) partage cette opinion. A propos de « *in tributum vocantur qui in potestate habent cum creditoribus mercis* » (3), Bekker étudie le point de savoir si les créanciers prennent aussi une part active à l'opération du partage et il établit une corrélation entre l'expression « *in tributum venire* » du fr. 5, § 17 et l'expression « *in tributum vocari* ».

Après la tentative de Keller est venu l'essai de Rudorff. Nous reproduisons la formule que ce romainiste donne dans son « *Edicti perpetui quæ reliqua sunt* » (4) :

1. Bekker. *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, t. II, p. 338 et notes, Berlin, 1873.

2. Karlowa. *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1159.

3. Fr. 5, §§ 6 et 15.

4. Rudorff. *Ed. perp.*, § 103, p. 113. Leipzig, 1869.

« *Judex esto. Si paret Aulum Agerium cum Lucio Titio, sciente Numerio Negidio cujus in potestate Lucius Titius fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esse, quanto ex ea merce quod que eo nomine receptum est dolo malo Numerii Negidii minus tributum est quam ex edicto prætoris tribui oportet ; tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolue.* »

Cette formule a le mérite de ne pas tomber dans l'erreur commise par Keller. Elle est conçue *in factum* et l'*intentio* s'accorde avec la *condemnatio*. Cependant, Rudorff n'a pas plus échappé à la critique que Keller. Mandry (1) le juge avec sévérité et un autre auteur considérable, Lenel, dans la deuxième édition de son célèbre essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, lui reproche une restitution malheureuse : l'Edit contredit catégoriquement un « *si paret Aulam Agerium cum Lucio Titio, sciente Numerio Negidio, negotiatum esse* » car cette expression suppose que le *dominus* a eu connaissance du rapport commercial, particulier et spécial, qui a existé entre les deux contractants, ce qui n'est pas exact. Lenel fait encore un autre reproche à la formule de Rudorff : c'est qu'elle ne permet pas de reconnaître quel contrat forme la base de la plainte (2).

1. Mandry : *Familiengueterrecht*.

2. Lenel : *op. cit.* , p. 265, n° 1.

A son tour, Mandry (1) s'est posé le problème. Comme il convient, il commence par étudier ses prédécesseurs et critique leurs systèmes.

Keller, dit-il, introduit justement les conditions de la *tributoria* « *cum is sciente Negidio domino, merce peculiari negotiaretur* » dans une *demonstratio* qui indique *ex professo* le *negotium* de l'esclave, qui est le fondement de la plainte. « *quod Agerius Stichoservo qui in potestate Negidii est vini Tarentini noviamphoras XX dedit* ». Il base avec raison *intentio* sur la dette de l'esclave comme dans l'action de *peculio*, et dans la *condemnatio*, il introduit à bon droit une clause limitative « *Quanto ejus minus, quam ex edicto meo oportebat Agerio de illo peculio, quod in illis mercibus... continetur, quodque in de receptum conversum ve in peculium est, dolo malo Negidii tributum est* ».

Toutefois, les mots « *quo nomine Numerius Negidius ab Aulo Agerio ex edicto meo in tributum vocatus est* » expriment une idée matériellement erronée, car ce n'est certes pas le créancier *Aulus Agerius* qui appelle « *in tributum Numerius Negidius* » le maître. On n'a presque rien à objecter à la formule, termine Mandry, sitôt qu'on l'applique à l'action de *peculio*.

1. Mandry : *Das gemeine Familiengerrecht*, t. II, p. 452, n° 7, Tubingue, 1876.

Le raisonnement de Mandry sur ce point nous semble défectueux, car il semble bien dire que la formule proposée par Keller est parfaite, à condition de l'employer pour une autre action.

Mandry analyse aussi le système de Rudorff qui, parti du même point que Keller, a reconstruit plus simplement la formule dans sa *Rechtsgechichte*, t. II. § 48 ; puis dans son *Edictum perpetuum*, § 103. Son *intentio*, conçue *in factum* sans *demonstratio* préalable ou *proscriptio*, mentionne bien les uns à côté des autres les faits nécessaires à la *tributoria* et les points sur lesquels se base la dette de l'esclave « *Siparet Aulum Agerium, cum Lucio Titio, sciente Negidio cujus in potestate tum fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esse* ». Mais le rapport matériel qui existe entre ces faits est faux : il n'est pas vrai que le contrat sur lequel s'appuie la plainte doive avoir été conclu *sciente domino* ou encore que la relation d'affaire se soit formée vis-à-vis du plaignant, à la connaissance du maître.

Après ces critiques précises et réfléchies, on attendrait de Mandry une restitution exacte de la formule de l'action *tributoria*. Malheureusement, il n'en est rien. Mandry se contente de nous offrir un schéma, un plan général de la formule, qui vaut cependant qu'on le reproduise ici. La formule comprenait :

1° Une clause mentionnant les conditions de la tributoire, par exemple, la suivante : « *Quod Titius,*

sciente N^o, cujus tum in potestate erat, merce peculiari negotiaretur ».

2^o Une *intentio*, indiquant le fait qui constitue la dette de l'esclave, avec une adjonction mentionnant le rapport de la dette avec le pécule commercial, *la merx*.

3^o Une *condemnatio*, fixant la limite de la responsabilité sur le « *quod ex ea merce quodque eo nomine receptum est, dolo malo minus tributum est* ».

Un autre romaniste, Baron (1), arrive à une conception différente de celles de Keller, de Rudorff et de Mandry, s'appuyant sur des sources dont il est, dit-il, le premier à tenir compte.

Il remarque que dans toutes les formules qui précèdent, on ne tient aucun compte des premiers mots du fr. 5, § 5 : « *Per hanc actionem tribui jubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est* ». Il reprend pour les critiquer les formules de ses prédécesseurs. Il rejette totalement la formule de Keller : d'abord la *præscriptio* qui est en tête de la formule lui semble mal rédigée, surtout dans sa conclusion « *quo nomine vocatus est* ». Il approuve la critique de Bekker et fait remarquer qu'au reste le texte du Digeste (2) porte : « *Dominus in tributum vocatur cum creditoribus mercis* » et non « *ab creditoribus* »

1. Baron. *Die adjecticischen Klagen*, p. 170 et notes. Berlin, 1882.

2. Digeste, XIV. 4, lex 5, § 5.

mercis ». Par là, Keller semble avoir mal compris l'Edit qui n'a pas pour but d'appeler les créanciers à la distribution mais pose seulement les règles du concours au marc le franc assimilant le père aux autres créanciers.

Puis vient la critique de l'*intentio, in jus concepta* portant sur « *quidquid* » et qui ne s'accorde pas avec une *condemnatio* tendant à « *quanto minus* » (1). Cette *condemnatio* est visiblement basée sur le fr. 7, § 2, de trib. act. : « *Si cujus do'o malo factum est, quominus ita tribueretur, in eum tributoria datur, est quanto minus tributum sit, quam debuerit præstet* », etc... La formule de Rudorff ne tombe pas dans l'erreur commise par Keller : son *intentio* est *in factum concepta*, basée sur les mots : « *peculiaris mercis nomine negotiatum esse* ». Baron lui fait cependant un reproche, facile d'ailleurs à corriger, c'est d'être conçue en termes très généraux. L'affaire qui a donné lieu à l'action n'est pas spécialement désignée : il n'y a aucune indication précise du montant de la dette. Une formule si incertaine est inadmissible, car il faut déterminer la cause du procès ou le montant de la dette pour limiter les pouvoirs du juge. La *condemnatio* de Rudorff se base comme celle de Keller sur le Digeste (2), mais on ne saurait lui reprocher de ne pas s'accorder avec l'*intentio*.

1. Digeste, XIV, 4. fr. 7, § 2.

2. Digeste, XIV, 4, fr. 7, § 2.

Mandry, ajoute Baron, évite la grosse faute de Rudorff, l'incertitude, tout en prenant la même base que lui pour édifier sa formule, le même fragment 7, § 2 du livre XIV-4, du Digeste.

Or, de ce fragment, Baron ne veut retenir qu'un mot « *minus* » comme faisant partie de la formule. Cela résulte de l'interprétation d'Ulpien : « *Minus autem tribuere videtur, etiamsi nihil tributum sit.* » Mais il faut aussi tenir compte du fr. 5, § 5 (1) : « *per hanc actionem tribui jubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.* »

Ce n'est pas seulement l'édit, mais c'est aussi l'action qui enjoint au *dominus* de partager équitablement. D'où il suit que ce devoir était exprimé dans l'action et cela ne se pouvait faire que par une *intentio* basée sur « *minus tribuere* ». Donc l'Edit sur l'action *tributoria* contenait deux prescriptions, ce qui est confirmé par les *Institutes* (2).

La première de ces prescriptions était la juste répartition de l'actif commercial entre tous les créanciers, y compris le maître « *tribui jubetur* » (3) et « *ut pro rata portione distribuatur* » (4).

La seconde injonction de l'Edit portait que si le maître avait violé dolosivement la première pres-

1. Digeste, XIV, 4.

2. *Institutes*, IV, 7, § 3.

3. D. XIV 4, fr. 5, § 5.

4. D. IV, 7, § 3.

cription, il fut responsable sur tout son patrimoine propre, pour ce qu'il avait réparti en moins « *ut quanto minus tributum sit, quam debuerit proestet* » (1) et « *quia ipsi domino appellatur* » (2).

Ces considérations amènent Baron à la formule suivante :

« *Quod Aulus Agerius de Lucio Titio (Sticho) qui in potestate Ni Ni est, cum is sciente N° N°, merce peculiari negotietur, incertum stipulatus est, q. d. r. a.* ».

« *Quidquid ex ea merce et quod eo nomine receptum est ob eam rem Nus Nus Ao Ao tribuere oportet.* »

« *Ejus dumtaxat in id quod minus dolo malo Ns Ns Ao Ao condemna, s. n. p. a.* ».

La *proscriptio* s'accorde avec celle de Keller, mais la phrase malheureuse sur le « *in tributum vocare* » a disparu.

L'*intentio est juris honorarii*, basée sur « *tribuere oportere* ».

Enfin, la *condemnatio* contient une exception diminutoire. Elle provient de la dernière condition qui rend le maître responsable sur sa propre fortune du « *minus* » et ceci au cas où il a effectué « *dolo malo* » un partage faux.

Cette exception est ajoutée à la *condemnatio*, con-

1. D. XIV, 4 fr. 7, § 2,

2. D. IV, 7, § 3.

formément au D. XIV, 4 fr. 2 : *condemnationem*.

A propos de ce mot, Baron se prononce nettement sur la controverse relative à la nature de l'action *tributoria* ; il repousse l'opinion des auteurs qui en font une action délictuelle. Car ce faisant, on ne tiendrait compte que du deuxième élément de l'Edit sans s'occuper du premier. Le Digeste (1) montre combien peu cette opinion est appropriée à trancher les présentations soumises à la *tributoria*.

Le demandeur se base ici sur le premier élément de l'Edit ; il ne peut reprocher le dol au défendeur qui nie l'existence de la créance. Dans ce cas, l'exception diminutoire n'était vraisemblablement pas adjointe à la *condemnatio*, car le différend ne relevait pas d'elle.

Au reste, selon Baron, toutes les actions adjectives ont une formule avec *intentio juris honorarii*. La raison en serait, d'un côté, qu'on ne saurait voir de différence fondamentale séparant les actions *de peculio*, *de in rem verso* et *tributoria*, des actions *institoria*, *exercitoria*, et *quod jussu* ; d'un autre côté, que la responsabilité est considérée par les Romains comme *honoraria obligatio*, comme un *debitum* : enfin, si toutes ces actions étaient *in factum*, chaque *factum* devrait être indiqué.

1. Digeste, XIV, 4 fr. 7, § 5.

Ces divers points sont d'ailleurs très discutables et très discutés.

Ainsi, pour Karlowa (1) l'action *tributoria* est une action délictuelle. Partant de cette nature délictuelle, et considérant le fr. 7, § 2 (2), Karlowa estime que la formule de l'*actio tributoria* était *in factum*, et conçue à peu près en ces termes : *Si paret, dolo malo Ni Ni factum esse quominus merx peculiaris Stichī servi ejus inter eum et ceteros creditores mercis pro rata portione distribueretur, judex Nm Nm Ao Ao quanto minus Ao Ao tributum est, quam ex edicto meo oportuit tantam pecuniam condemna s. n. p. a.*

Cette formule est courte, simple et claire. Il est regrettable toutefois qu'on n'y puisse discerner quelle affaire est le point de départ de la plainte, comme l'a fait remarquer Lenel.

Ce dernier auteur, dans son ouvrage déjà cité :

Edictum perpetuum (3), tente une reconstitution de l'édit sur l'*actio tributoria*. Selon lui, la première phrase de l'Edit devait être : *Qui merce peculiari, sciente eo, in cujus potestate erit, negotiabitur, si quid cum eo ejus mercis nomine contractum erit,*

1. Karlowa, *Rœmische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1892, t. II, p. 1162 et notes.

2. Digeste, XIV, 4.

3. Lenel. *Edictum perpetuum*, 2^e édition, Leipzig, 1907, p. 262 et notes.

ejus quod ex ea merce erit eove nomine receptum erit, eum, in cujus potestate erit si quid ei debebitur, eum creditoribus mercis pro rata ejus quod cuique debetur in tributum vocabo.

Le prêteur ne permettait pas l'*actio tributoria* dès la première phrase. D'ailleurs, ce n'est pas seulement à cette action que le prêteur pense en formulant son édit, c'est bien aussi à l'abandon volontaire du pécule pour la vente, effectuée en ce cas judiciairement : il importe, en effet, de remarquer que si le maître est autorisé à s'occuper du partage, cela ne lui est pas imposé.

Mais qui peut ou qui doit opérer le partage ?

L'Edit, d'après Lenel, devait contenir une clause autorisant implicitement le *dominus* à entreprendre le partage, d'après les règles établies. En cas de violation de ces règles, le prêteur promettait l'action *tributoria* contre le maître : cela est confirmé par le commentaire d'Ulpien.

Quant à la formule, Lenel constate que les documents sont malheureusement defectueux.

Un fait certain, c'est que cette formule était dirigée *quanto minus dolo malo Ni Ni Ao Ao tributum est, quam ex edicto meo Ao Ao tribui debuit*. Elle était accordée contre les héritiers *dumtaxat de eo quod ad eum pervenit*.

Quant au reste, prétend Lenel, nous ne savons rien et sommes réduits à des conjectures. Le plus

vraisemblable c'est que l'*actio tributoria*, comme l'*institoria*, tirait d'elle-même les parties principales de la formule qui résultait du contrat conclu avec l'esclave. Si cette formule était *bonæ fidei*, à une *demonstratio* allongée des conditions de notre édit succédait une *intentio juris civilis* (fictice éventuellement) au nom de l'esclave.

Enfin, venait la *condemnatio* : *Quanto minus eo nomine dolo malo Ni Ni Ao Ao tributum est, quam ex edicto meo Ao Ao tribui debuit, tantam pecuniam... condemna s. n. p. a.*

L'heureuse formule de Lenel n'a pas paru parfaite à tous les romanistes. C'est ainsi que dans les *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik* (1), Schlossmann fait observer que tous les jurisconsultes antérieurs, y compris Lenel, n'ont pas bien compris la signification du mot *tribuere* : ils ont pris ce terme dans son sens primitif de partager, diviser (*teilen, verteilen*), comme *dividere, partiri*. Mais tandis que ces deux derniers verbes ont conservé, sauf de très rares exceptions, leur sens ancien, le mot *tribuere* a pris peu à peu la signification nouvelle d'assigner, de distribuer, d'adjuger en partage, de répartir. C'est son second sens (*zuteilen gewähren*).

1. Schl., *op. cit.* Bd. XIV, Heft. I, p. 25 et notes. Leipzig, 1905-

L'on ne saurait objecter que dans de nombreuses hypothèses, où il s'agit de partage, *tribuere* et *dividere* sont employés comme synonymes. La cause en est facile. D'une part, l'édit du prêteur qu'introduisit l'*actio* et la formule de l'*actio tributoria* contenait le verbe *tribuere*; or, il est plus que probable que *tribuere*, lors de l'introduction de la loi tributoire, avait communément le sens de partager et non pas celui d'adjuger en partage. D'autre part, *dividere* semble être devenu le terme usuel pour partager, beaucoup plus tard; la formule du *judicium communi dividundo*, commentée par les juristes, est bien plus récente.

Puisque donc, *tribuere*, dans la formule de la tributoire, signifiait partager, Lenel fait erreur en reconstruisant la formule : *Quanto minus dolo malo Ni Ni Ao Ao tributum est, quam edicto Ao Ao tribui debuit.* » Ce n'est pas parce qu'on a fixé une part trop petite au plaignant en particulier que l'action s'ouvre, mais bien parce qu'on a omis à tort de soumettre au partage quelque chose qui rentrait dans la *merx peculiaris*, ce qui fait qu'on a fixé une part trop petite à tous les créanciers en général. Par suite, la *condemnatio* ne pouvait porter que sur la partie proportionnelle — qui revient au plaignant — de l'actif ainsi omis du partage ou négligé.

Quelle que spécieuse que soit cette argumentation, Lenel s'est contenté de la réfuter sans discussion, en

lui opposant deux textes : I. IV, 7, § 3 ; D. XIV, 4, fr. 12 (1).

Nous estimons, pour notre part, que la théorie de Lenel se rapproche le plus du point que l'on a cherché à atteindre, à savoir le texte de la formule de l'action *tributoria*.

1. Lenel : *op. cit.*, p. 264, n° 1.

CHAPITRE IV

Les caractères de l'action « *tributoria* »

Les textes des commentateurs romains et les travaux des jurisconsultes modernes ont permis aux interprètes de s'accorder sur les caractères essentiels de la *tributoria*.

C'est une action *adjebtitiæ qualitatis*, délivrée contre le *dominus*, du chef de son esclave et par laquelle le magistrat donnait au juge le pouvoir de condamner le père ou le maître, s'il reconnaissait que la personne en puissance avait traité. Il est vraisemblable qu'elle était délivrée sous la forme d'une formule avec transposition : le magistrat devait y indiquer la nature de l'opération conclue avec la personne en puissance, dont le nom devait figurer, soit dans la *demonstratio*, soit dans l'*intentio*, alors que le nom du *dominus* se trouvait à la *condemnatio*.

Elle se caractérise, en outre, sauf le cas du moins où le commerçant *alieni juris* était un homme libre, et non un esclave, comme toutes les actions *adjecti-*

tiæ qualitatis, par une supposition ou fiction insérée dans la formule. Le prêteur invite le juge à faire abstraction d'une condition régulièrement requise pour l'exercice du droit : et par exemple, si le maître est poursuivi en vertu d'une vente faite à l'esclave, la formule portera la supposition de la liberté : « *quidquid Stichum, si liber esset, dare facere oportet* » (1).

Il s'agit bien en second lieu d'une action contractuelle, ayant pour objet le fait passé par la personne en puissance, et non le dol du défendeur. Le dol relevé contre le maître n'est qu'une des conditions d'exercice de notre action. L'action tributaire n'a certainement pas le caractère infamant de l'action du dol : le prêteur, tout en reconnaissant la nécessité de ne pas entraver les besoins du commerce par le *privilegium deductionis* du maître, ne veut pas pourtant faire échec d'une manière trop manifeste au droit civil qu'il combat, aussi, la perte du droit de déduction n'est admise par le magistrat que sous certaines conditions spéciales, arbitraires, parmi lesquelles se trouve le dol du maître, de sorte que l'action *tributoria* est à la fois un moyen de développer le crédit et de punir un dol pour lequel l'action infamante semble trop rigoureuse. Ainsi s'expliquent de la façon la plus certaine ces deux

1. Girard. *Manuel*, p. 650, note 3.

phrases de Julien qui, rapprochées l'une de l'autre, semblent se contredire : « *quia non de dolo est... quamvis non aliter quam dolo interveniente competat* (1).

Envisagée par rapport à son but, l'action *tributoria* nous semble rentrer dans la catégorie des actions mixtes.

Reipersecutoria (Fr. 8. D), et comme telle, perpétuelle du chef du demandeur, qui cherche à rétablir l'intégralité de son patrimoine.

Penale *a parte rei tantum*, vis-à-vis du seul maître qui subira une peine par la conséquence de l'exercice de l'action, en voyant diminuer son patrimoine. Et le préteur, fidèle au principe de la personnalité de la peine, n'a donné l'action contre l'héritier, que dans la mesure de son enrichissement.

Ulpien est très explicite à cet égard (2) : « *dum taxat de eo quod ad eum pervenit* ». Et il est de règle que les actions données *rei persequendæ causa* se transmettent pour le tout contre les héritiers.

1. D. *De trib. act.*, fr. 8.

2. Digeste. Liv. XIV, tit. IV. « *De tributoria actione* ». Ulp., Lib. XXIX, *ad edictum*.

SECTION I

**L'action tributoire ne tend pas à obtenir le partage;
elle n'en est que la sanction**

Les biens de l'esclave commerçant devenu insolvable vont être partagés entre les créanciers, y compris le maître, au prorata de leurs créances. Il paraît tentant d'en induire que ceux-ci agissent par l'action *tributoria* pour forcer le maître à partager les biens qui constituent leur gage. Le nom même de l'action semble indiquer qu'elle a pour objet une distribution.

Aussi bien cette opinion a été présentée et on peut l'appuyer sur des arguments d'une valeur incontestable. Les *Institutes* de Justinien rangent l'action tributoire au nombre des actions *adjectitiæ qualitatis* (1) et cette classification ne peut être juste que si l'action tributoire n'était qu'une simple variante d'une autre action de droit commun, à laquelle elle empruntait sa formule en la modifiant : une action *empti* ou *venditi*, par exemple, dont la condamnation ne doit pas dépasser le profit du maître ajouté au contenu du pécule.

L'action *tributoria* n'est ainsi qu'une action *de peculio* d'un genre nouveau et spécial, puisqu'elle

1. *Institutes*. Liv. IV, tit. IV, § 3.

ne s'applique qu'au commerce, et ce qui le donne à penser, c'est que les jurisconsultes font, dans plusieurs passages, des parallèles très détaillés entre ces deux moyens de poursuite. C'est d'abord Gaius dans son *Commentaire*, et Justinien, aux *Institutes*. Ils insistent sur cette différence que la *tributoria* ne permet pas au maître de se payer par préférence.

Au Digeste, Ulpien, Paul et Julien examinent avec soin dans quel cas on a l'option entre les deux voies et quel avantage il y a à choisir, suivant les circonstances, l'une plutôt que l'autre (1).

Or, l'action de *peculio* étant donnée uniquement au créancier de l'esclave qui veut se faire payer par le maître, l'action *tributoria* ne peut lui être comparée qu'autant qu'elle sert à atteindre le même but.

Enfin, il existe un texte qui paraît consacrer formellement ce système. Dans les paragraphes 4 et 5 de la loi 5 à notre titre, Ulpien, après avoir rappelé qu'il faut être créancier à raison d'une opération commerciale pour intenter la *tributoria*, nous dit que celle-ci tend à obtenir la distribution des biens qui sont entrés dans le pécule à raison du commerce : « *Per hanc actionem tribui jubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.* » C'est pour ces raisons que Savigny a pu dire que l'action tributoire n'était qu'une variété de l'action de *peculio* (2).

1. Digeste, loi 5, § 1 ; loi 9, §§ 1 et 2 ; lois 10, 11, 12, *hoc tit.*

2. Savigny. « *Traité des obligations.* » Trad. Gérardin et Jozon, t. II, p. 171.

Nous pouvons accepter cette solution, car il est impossible d'admettre que l'action *tributoria*, accordée formellement par les textes pour rectifier un partage qui ne serait pas équitable, et pour forcer le maître à indemniser les créanciers victimes de son dol, pourrait également être intentée pour obtenir le partage entre les créanciers, y compris le maître.

On permettrait de la sorte aux créanciers de faire usage de la même action à deux reprises différentes : une première fois, pour arriver à la distribution, une seconde fois, pour la critiquer, parce que le demandeur qui veut obtenir une répartition veut un partage équitable : l'action se trouverait donc fondée successivement, d'abord sur un droit de créance ayant pour origine une opération commerciale, et ensuite sur une sorte de quasi-délit, le dol préjudiciable du maître, chargé de la répartition. On est alors amené à reconnaître que la dénomination d'action *tributoria* serait donnée à deux actions entièrement distinctes, non seulement quant à leur but, mais même dans leur fondement juridique. Or, ce serait la première fois qu'une telle bizarrerie se rencontrerait en droit romain. Il nous faudrait pour l'admettre des textes très formels, et ceux qui nous sont parvenus se trouvent parfaitement inconciliables avec cette hypothèse.

Ce sont d'abord les *Institutes* qui, après avoir supposé le partage entre les créanciers, par le maître,

du pécule de l'esclave commerçant, ajoutent que les erreurs préjudiciables donnent, à ceux qui sont lésés, le droit de se faire indemniser, au moyen de l'action *tributoria* (1).

Celle-ci est présentée comme prenant naissance seulement après le partage. Et la paraphrase de Théophile vient confirmer cette interprétation : « Si le maître auquel le prêteur confie la distribution des marchandises en détourne quelque-unes ou ne les rapporte pas toutes, et si l'un des créanciers se plaint de cette fraude, il obtiendra contre le maître l'action *tributoria*. »

De plus, aux fragments du Digeste, les jurisconsultes supposent toujours que l'action tributoire est donnée pour obtenir réparation du préjudice causé par le dol du maître dans le partage : « *Quæ actio dolum malum coerçet domini* » nous dit Ulpien au paragraphe 2 de la loi 7. Julien est tout aussi formel et il affirme le même principe, non seulement dans la loi 8, ma's encore dans la loi 12 : on peut intenter l'action tributoire dans le seul cas où le maître ne s'est pas conformé à l'ordre du prêteur en distribuant le prix des marchandises : « *Tributoria actione tunc demum agi potest, quum dominus, in distribuendo pretio mercis, edictio prætoris non satisfecit.* »

Enfin, s'il restait encore quelques doutes, sur la

1. *Institutes*. Liv. IV, tit. VI, § 3.

véritable nature de l'action *tributoria*, il suffirait de se souvenir, pour les lever, qu'elle est traitée comme une action pénale, et n'est donnée contre les héritiers que dans la mesure où ils ont profité du dol de leur auteur (1).

L'action *tributoria* suppose donc une distribution préalable. Mais il est juste d'ajouter que si cette première distribution n'a pas été faite d'une manière équitable, si notamment le maître n'a pas compris dans le partage certains biens, faisant partie du pécule commercial, notre action, ayant pour but la réparation de ce dommage, aura pour conséquence de forcer le maître à procéder à une seconde répartition du même genre portant sur les marchandises cachées ou détournées. C'est en ce sens qu'il faut entendre le passage d'Ulpien : « *Per hanc actionem tribui jubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est* ».

De tout ce qui précède, il faut donc conclure que l'action *tributoria* sert à critiquer un partage préjudiciable aux créanciers de l'esclave commerçant, et jamais à obtenir ce partage lui-même : c'est l'opinion traditionnelle, celle que Cujas et Pothier avaient déjà adoptée (2).

1. Loi 7, § 4 et loi 8 *hoc titulo*,

2. Cujas : « *Notæ in Inst.* ». Inst. IV, VII, § 3, édit. de Naples, tome I, col. 266. — Pothier : « *Pandectæ Justinianæ* », Trad. Bréard-Neuville, t. VI, p. 58 : « *Datur que actio creditoribus adversus patrem aut dominum qui dolo non tribueret quantum oportet cuique tribui* ».

SECTION II

Contre qui est donnée l'action tributoire

Contre le maître ou contre son héritier, mais seulement alors jusqu'à concurrence du profit de ce dernier. Mais le *bonorum possessor* qui, tout au moins au début, n'est pas comme l'héritier civil, le continuateur de la personne du défunt, se verra-t-il poursuivi par la tributoire (1) ?

La question peut se poser. Il est, en effet, naturel que l'action *tributoria* soit décernée contre l'héritier car il représente la personne du défunt et se confond avec lui ; il ne doit pas conserver un gain honoreux pour la mémoire de celui qu'il représente. Mais celui qui obtient la *bonorum possessio* n'est pas héritier, car le préteur ne peut faire des héritiers. Pour les successeurs prétoriens, on ne peut donc pas invoquer le même argument que tout à l'heure, puisqu'ils ne sont pas les continuateurs juridiques de la personne du défunt. Mais ces arguments subtils ne pouvaient longtemps résister à l'équité et au bon sens : là où les raisons d'équité sont les mêmes la solution doit être aussi la même, et il serait aussi injuste qu'un simple successeur aux

1. Fr. 9, § de trib. act.

biens s'enrichit du dol de celui dont il recueille les biens, que si s'était un héritier légitime. Voilà pour-quoi Ulpien décide que la solution qui s'applique aux héritiers doit être étendue aux *bonorum posses-sores*.

Ici se présente une petite difficulté : supposons qu'un héritier, en présence d'un testament, qui confère à un esclave la liberté et son pécule, exécute le testament, sans exiger caution du paiement des dettes contractées par l'esclave antérieurement au décès et pour lesquelles une distribution est nécessaire. Sera-t-il passible de la *tributoria* ?

Labéon opine pour la négative : en effet, dit-il, l'héritier, en exécutant la volonté du mort, en délivrant le legs, n'a pas commis de dol.

Pomponius et Ulpien se décident nettement pour la solution contraire, car, s'il n'y a pas eu dol, il y a eu tout au moins faute lourde et la faute lourde est assimilée au dol.

Dans l'espèce, l'héritier ne devait délivrer le pécule à l'esclave affranchi qu'après s'être fait donner caution pour l'argent à distribuer ou l'avoir déduit ; il y a préjudice à réparer et l'héritier seul, d'ailleurs, peut être atteint par l'action *tributoria*. Ce ne peut être le légataire du pécule, car il n'est ni le maître, ni l'héritier du maître, encore moins le créancier du pécule ; or, il n'y a que ces trois personnes qui puissent être assujetties à la contribution.

CHAPITRE V

Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice de l'action « *tributoria* »

D'après les interprètes, trois conditions sont exigées pour que l'on puisse intenter l'action qui nous occupe.

1° Il faut qu'il y ait eu commerce fait par l'esclave avec les marchandises tirées du pécule (1) :

2° Que le commerce soit fait à la connaissance du Dominus (2) ;

3° Qu'il y ait un dol de la part de ce dernier dans l'une des opérations de la liquidation et que ce dol ait nui aux créanciers (3).

Nous envisagerons ces conditions en trois sections distinctes.

SECTION I

Du fonds de commerce

L'édit du préteur ne se contente pas d'exiger pour la mise en œuvre de l'action *tributoria*, l'existence

1. Liv. XIV, au Digeste. Titre IV, §§ 1 et 2.

Cuq. « *Institutions juridiques des Romains* », t. II. Le droit classique et le droit du Bas-Empire, 1902, p. 340.

2. Digeste. Liv. XIV, 2, t. IV, § 3.

3. Digeste. *Ibid.*, fr. 7, § 3.

du pécule : à cette condition générale, il en ajoute une autre plus spéciale : l'existence d'un fonds de commerce géré par la personne en puissance ; pour qu'il y ait lieu à notre action, il faut que l'esclave exerce le commerce avec le pécule ; s'il ne le faisait qu'avec une partie, c'est seulement sur cette partie que les créanciers pourraient exercer les droits qui résultent pour eux de l'action *tributoria* (1).

Cette nécessité de l'existence d'un fonds de commerce est désignée dans les textes par les mots « *peculiari merce negotiari* ». Cette distinction possible parmi les choses du pécule est une condition restrictive de l'action de *peculio* et a la plus grande importance au point de vue de la condamnation qui ne pourra porter en principe que sur la *merx peculiaris* ; aussi, importe-t-il de rechercher avec soin à quel genre de commerce s'applique l'édit du prêteur, et ce qu'il faut entendre exactement par le mot *merx*.

Ce mot avait à Rome un sens restreint et Ulpien (2) nous fait connaître qu'il ne saurait s'appliquer à certains commerces, tels par exemple, que le commerce des esclaves, le métier de foulon, de tail-

1. « *Peculiarem autem mercem non sicuti peculium accipimus : quippe peculium deducto quod domino debetur, accipitur. Merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat : ita demum, si sciente eo negotiabitur* ». D. XIV, tit. IV, §§ 1 et 2. « *Mercis nomine merito adjicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat* fr. 5, § 4.

2. Ulp., loi 1 § 1, de trib. act. Digeste, XIV, 4.

leur et de tisserand. Il nous laisse entendre que des controverses existaient au sujet de la délimitation des actes commerciaux et nous cite, comme exemple isolé, l'opinion du jurisconsulte Pedius qui prétendait que la *merx* pouvait s'étendre *ad omnes negotiationes*. Il s'exprime en ces termes : « *Licet mercis appellatio angustior sit ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat ; tamen Pedius lib. 15 scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum* ».

Il résulte de ce texte que déjà à Rome, la distinction établie par le prêteur pour la qualification des actes commerciaux était délicate à préciser et que parfois on cherchait, comme chez nous, à en élargir la base. C'est ce que fit sans doute le jurisconsulte Pedius ; mais nous sommes autorisés à croire que son avis ne prévalut pas, puisqu'il n'est cité par Ulpien qu'à titre de renseignement.

Ce dernier nous expose, sous la loi 5, § 4, sa propre manière de voir, qui contient la réfutation du système de Pedius : « *Mercis nomine merito adjicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributariam inducat* ». « C'est avec raison que le prêteur se sert du terme de *merx* pour que toutes les affaires passées par l'esclave ne donnent pas lieu à l'action tributaire contre le maître ».

Il fallait donc, pour que l'action tributaire fût admise et, par suite, pour que la commercialité du

pécule fût établie, que l'esclave eût fait un négoce, mais non point toute espèce de négoce ; les termes de l'édit exigeaient que ce négoce eût porté sur la *merx peculiaris*. Il fallait qu'il se fût livré habituellement au trafic de certaines marchandises. L'expression de négoce suppose, en effet, une série d'actes suivis d'achats et de ventes, et un fait isolé, même eût-il porté sur un objet constituant véritablement une *merx* au sens de l'édit, serait insuffisant.

Nous aurons nettement délimité le champ de notre action et présenté toute la théorie romaine des actes de commerce si nous parvenons à préciser ce qu'on entendait à Rome par cette expression de *merx, mercis nomine*, ainsi entendue au sens restreint.

Il est tout d'abord certain qu'on est en dehors du domaine de la *merx peculiaris* et que l'action *tributoria* ne serait pas donnée contre le maître lorsque l'esclave vend les fruits et récoltes d'un fonds de terre qu'il a dans son pécule, parce que, disent les textes, « *villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur* » : la vente des fruits n'est pas l'objet principal de sa mission, il est chargé de cultiver la terre, non de vendre les récoltes. Qu'à l'occasion de sa mission première, il fasse des opérations lucratives et le commerce des fruits, cela se peut mais ce n'est qu'une circonstance accessoire. Les Romains partent de cette idée que, dans un contrat, il faut envisager la cause, non le résultat ; ils ne pou-

vaient donc pas considérer la vente des produits de la terre comme constituant un acte de commerce.

Le texte d'Ulpien, ci-dessus rapporté, en éliminant certaines catégories, nous permet, par voie de généralisation, d'affirmer que les industries et les manufactures ne tombaient pas sous les termes de l'édit, car le travail de l'homme ne pouvait pas être considéré comme l'objet d'un négoce, ni comme une *merx*. Mais si les tailleurs, les foulons et les tisseurs n'étaient point visés, au contraire, les marchands de confections et de tissus étaient frappés (1) : « *duas negotiationes exercebat, pula sagariam et linteariam* ».

Nous en concluons que le producteur n'est point considéré comme rentrant dans les termes cités ; celui-là seul y était compris qui se livrait aux échanges des produits eux-mêmes. Il faut encore admettre une seconde restriction : l'édit ne s'applique qu'à ce qui, par sa nature même, se prête facilement aux opérations du négoce. Un esclave, par exemple, n'a point cette qualité et c'est pourquoi le trafic des esclaves ne donnait pas ouverture à l'action *tributoria*.

D'après Dietzel (2), par le mot *merx*, il faudrait entendre (toute chose qui s'achète et se vend) « *res-*

1. H. T., loi 5, § 15.

2. Dietzel, « *Zeitschrift für Handelsrecht* », II, p. 8.

quæ emitur vendiuræ » et c'est pourquoi on eût pu être tenté de placer les esclaves eux-mêmes dans cette catégorie de choses ; mais le jurisconsulte Africainus, nous dit formellement : « *mercis appellatione homines non contineri ; Mila ait et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari, et recte* ». Nous en concluons qu'il y avait certaines choses qui, par leur nature, répugnaient à l'application de l'Edit et nous inclinierions volontiers à penser que le préteur avait voulu seulement commercialiser celles qui peuvent faire l'objet d'un trafic rapide et qui, dans un fonds se remplacent aisément. Il s'agirait seulement, par suite, du commerce des choses fongibles, des « *Res quæ pondere, numero mensurave constant* ». Tous les exemples qui nous sont fournis par les textes, ne se rapportent qu'à ces sortes d'objets (1). Nous pouvons en outre invoquer un texte décisif emprunté aux *institutes* de Justinien, l'empereur explique que le créancier aura intérêt à choisir, suivant les cas, soit l'action *de peculio*, soit l'action *tributoria*, quand il agira contre le maître en paiement de sa créance. L'*actio de peculio* aura l'avantage de porter sur l'intégralité de l'actif pécuniaire, tandis que l'*actio tributoria* ne s'applique, au contraire, qu'à la portion du pécule consacrée au commerce, à la *merx*

1. Gaïus, 1. 4 D. XIII, 3.

peculiaris. Or, le domaine de celle-ci peut être fort restreint relativement au domaine de celle-là. « *Potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis ei mancipiis aut fœnebris pecunia habere* » (1). Le champ d'application de nos deux actions est donc nettement séparé : le pécule se divise en deux masses et la masse commerciale ne comprend ni les fonds de terre, ni les esclaves, ni les prêts d'argent. C'est que les opérations sur immeubles, esclaves et prêts d'argent sont des opérations civiles et que la notion romaine du commerce ne leur est pas applicable.

En résumé, nous pensons que le pécule de l'esclave devait être considéré comme commercial alors seulement que, sur ce fonds, l'esclave se livrait à la profession et à la vente des produits et denrées ; c'est ainsi que nous limitons ces expressions « *Res quæ emitur vendituræ. Res quæ mercis numero habentur* » (2), n'hésitant pas ainsi à repousser la doctrine de Pedius rapportée par Ulpien.

L'intérêt de cette distinction réside dans notre matière. L'action tributaire servira aux créanciers du pécule commercial pour obtenir du maître qui a commis un dol leur paiement proportionnel, tandis

1. *Institutes*, IV. *Quod cum eo contr. est*, VII, § 5

2. Javolenus, loi 42 de *Fidejus*, XL, VI, 1.

que si on n'était pas en face d'un pécule commercial, il faudrait recourir à l'action *de peculio*.

Cependant, on peut présumer que peu à peu, dans les cas qui ne rentraient pas dans la définition de la *merx peculiaris*, on donna une action utile, en sorte que, finalement, l'action *tributoria* ou une semblable put intervenir dans toutes les hypothèses. Paul, en effet, dans une hypothèse particulière, nous a laissé la trace d'une action *quasi-tributoria* (1) : « *Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo quasi tutoria, si ignorante, de peculio actio dabitur.* » Si l'esclave fait valoir un navire à son profit sans le consentement du maître et si ce dernier vient à apprendre ce trafic, on donnera contre lui l'action quasi-tributoire (2). Cela revient à dire que, primitivement, l'esclave armateur de navires pour son propre compte ne fut pas considéré comme gérant un commerce rentrant dans l'expression « *merx peculiaris* » mais que, plus tard, il a paru juste d'accorder, même dans ce cas, une action semblable à l'action tributoire. Aussi, bien que les textes nous donnent comme exemples d'entreprises commerciales, le commerce de banque, *mensa*, ou le

1. Dans le fragment 6, *exercitoria actione* 14, 1.

2. Roby : *Roman Private Law* (Vol. II. Ch. 7, p. 247) 1902. affirme aussi ce fait : « *This action tutoria applies to the case of a ship when the exercitor is acting with the knowledge but not with the consent of his master.* »

commerce de vente de marchandises, *taberna*, il est impossible de s'en tenir là et l'on doit affirmer que dans le dernier état du droit, toute entreprise lucrative donnait lieu, sinon à l'action tributoire, du moins à une action semblable.

SECTION II

De la connaissance du maître

La seconde condition exigée pour la mise en œuvre de l'action tributoire, est que le maître ait eu connaissance du commerce fait par son esclave. Par là, en effet, le maître autorise l'esclave à utiliser ainsi son pécule. Il ne s'agit pas d'une autorisation expresse; il suffit que le maître, ayant connaissance des opérations de son esclave, ne s'y oppose pas : « *Non voluntas, sed patientia. Non enim velle debet dominus sed non nolle* (1). Dès que le maître apprend l'existence du commerce, son *privilegium deductionis* de l'*actio de peculio* cesse. Roby (*op. cit.*) l'admet formellement : « *This deduction is not allowed if the master was aware of the slave's carrying on business with his peculium and did not forbid it. In that case, he has no privilege as master* ».

Tous les commentateurs sont du même avis.

Windscheid (2) déclare que le consentement n'a

1. Fr. I, § 3, *de trib. act.*

2. Winds., t. II, § 484, n° 16.

pas besoin d'être exprimé parce que l'Edit ne parle que de la *scientia patris*.

Mais des hypothèses compliquées peuvent se présenter.

Si nous supposons que l'esclave faisant le commerce appartienne à plusieurs maîtres, il est certain que les deux maîtres seront tenus de l'action *tributoria*, s'ils ont eu tous deux connaissance du commerce. Mais si l'un d'eux a connu le négoce, l'action *tributoria* ne sera donnée que contre lui et sera tenu pour le tout. Toutefois, on devra déduire de la masse ce qui est dû à l'autre maître qui ne peut être pourvu que par l'action *de peculio* et a droit de ce chef, à la *deductio*. Solution d'autant plus équitable que ce maître n'a rien à se reprocher. Ces solutions découlant des principes se retrouvent de plus, point par point, chez Ulpien (1).

Supposons maintenant que l'esclave, muni d'un pécule, l'*ordinarius*, ait dans ce pécule d'autres esclaves, *vicarii* (2). Nous serons ici en présence d'un cas notablement différent de celui du *servus communis*, en ce que pour le *vicarius* un seul de ses deux maîtres peut et doit répondre à toutes les actions.

1. Ulp., D. 14. 4, 3, § I.

2. Sur l'action tributoire du chef du vicaire, voir Erman : « *Servus vicarius* » : (L'esclave de l'esclave romain). « Recueil de l'Université de Lausanne », 1896, pp. 483-490.

Les *vicarii* se trouvant ainsi dans la puissance et de l'*ordinarius* et du maître commun, peuvent faire le commerce au su de l'un et à l'insu de l'autre. La solution générale de ces situations complexes nous est fournie par Ulpien (1) :

At si alter scivit, alter ignoravit
In eum qui scivit dabitur actio.

Trois hypothèses peuvent se présenter :

1^o Le *vicarius* fait le commerce au su de son maître, mais à l'insu de l'*ordinarius*. Le maître pouvait s'opposer au commerce et par là conserver son privilège de déduction, prélever ce qui peut lui être dû avant tous les autres créanciers : il ne l'a pas fait, donc il perd son droit à toute *deductio* ; il est dès lors tenu de répartir le pécule suivant les règles de la *tributio* et ne peut s'attribuer qu'une part de créancier ordinaire ; mais, au contraire, il déduira en entier la somme due à l'*ordinarius* (2).

2^o Au cas où le *vicarius* fait le commerce au su de l'*ordinarius*, mais à l'insu du maître, les conséquences de l'autorisation semblent plus douteuses. En effet, si l'*ordinarius*, simple esclave, peut faire naître l'action tributoire, comment expliquer le « *is in*

1. Ulp. : Fr. Tit. IV, Liv. XIV.

2. Dig. h. tit. Fr. 5, § 1 : « *Si vicarius servi mei negotietur : si quidem me sciente, tributoria tenebor.* »

cujus potestate erit » de l'édit. De plus, un simple esclave peut-il effectuer la *tributio*, acte quasi juridictionnel effectué en vertu d'une « permission » (1) du préteur, et sous sa surveillance plus ou moins directe ? Et, d'autre part, si l'*ordinarius* ne peut faire la *tributio*, n'en résulte-t-il pas clairement que l'action tributoire pour « *dolo ejus minus tributum esse* » aurait été impossible.

M. Erman s'est appliqué à la solution de ces questions complexes. Il a fait l'analyse du texte d'Ulpien (2) : « *Si me ignorante, ordinario sciente de peculio ejus actionem dandam Pomponius scripsit* ». Sans entrer dans les détails de son exégèse, nous nous bornerons à faire remarquer, en nous basant sur le texte d'Ulpien, que le maître ne peut être poursuivi que par l'action *de peculio* et a, par conséquent, le droit d'opérer la *deductio* de ses créances, mais, dans cette *deductio*, il ne pourra comprendre les créances de l'*ordinarius* contre le *vicarius*. L'*ordinarius*, qui a toléré le commerce, subira ainsi, par contre-coup, la contribution de l'action *tributoria*.

3° Le commerce est fait par le *vicarius* au su de l'*ordinarius* et du maître. On pourrait croire ici que le maître sera toujours tenu de l'action tributoire, puisqu'ici l'*ordinarius* et lui ont connu le commerce.

1. « *Prætor permittit* ». J. 4-7, § 3.

2. Ulpien. D. (14-4) 5, § 1.

Cette argumentation serait inexacte et nous voyons dans ce cas apparaître l'action *de peculio* du chef de l'*ordinarius*, à côté de l'action *tributoria* du chef du *vicarius*. Le créancier, il est vrai, ne pourra exercer qu'une seule de ces actions contre le maître ; il devra choisir la plus profitable, et son choix fait, ne pourra revenir à l'autre : et dans la répartition, on tiendra toujours compte du fait que l'*ordinarius* a connu le commerce. Car si l'*ordinarius* avait ignoré le négoce, le maître eût déduit pour son propre compte tout ce qui pouvait être dû par le *vicarius* à l'*ordinarius* ; mais puisqu'il a toléré le commerce, il est impossible d'admettre la même solution et il faut, conformément au texte d'Ulpien (1), refuser tout droit de déduction.

SECTION III

Du dol du maître

L'action tributoire n'est accordée que dans l'hypothèse d'une lésion résultant de l'inaccomplissement des prescriptions de l'édit. Et il n'est même pas suffisant qu'il y ait eu lésion, il faut encore, nous

1. Ulpien, § 1, fr. 5, de trib. act. « *Sed si uterque scierimus, et tributoriam, et de peculio competere ait. Eligere tamen debere agentem qua potius actione experiatur : sic tamen ut utrum tribuatur et quod mihi et quod servo debetur : cum si servus ordinarius ignorasset ; deducetur integrum, quod ei vicario debetur.* »

disent les textes, que cette lésion ait été voulue et que le maître ait commis un dol dans l'une des opérations de la liquidation du pécule. Il n'y aurait pas dol si, de bonne foi, le liquidateur avait oublié un des créanciers ou s'était payé par voie de prélèvement, croyant l'actif suffisant pour désintéresser tous les créanciers. Il est nécessaire qu'il ait eu connaissance de la lésion causée par son inexactitude ou sa faute dans les opérations de la *tributio*.

Voici quelques exemples :

1° Le maître en effectuant la liquidation du fonds de commerce se paie par voie de prélèvement, sans observer les règles de l'Edit sur le concours ;

2° Il a commis un dol dans l'inventaire des marchandises : l'actif n'a pas été compté en entier ou le passif se trouve avoir été frauduleusement augmenté ;

3° L'inventaire a été exactement dressé : aucune partie de l'actif n'a été détournée et le passif n'a pas été dolosivement majoré ; mais dans la vente faite des marchandises, un dol s'est produit, ou bien le maître a laissé périr le gage des créanciers au lieu de le réaliser.

Cette énumération n'est aucunement limitative (1) ;

1. D. Fr. 7 § 3. — *Sed et si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut vilioris data opera distraxit, vel si ab emptoribus pretium non exegerit : dicendum erit, teneri eum tributoria, si dolus intervenit.*

mais devons-nous penser que le prêteur exigeât pour accorder l'action, une liquidation effectuée ?

Sur ce point, l'opinion de Glück (1) nous semble la meilleure. Si le dol est une condition essentielle de l'action, il ne saurait consister uniquement dans une distribution frauduleuse de marchandises et des deniers qui en proviennent. Il peut consister dans le refus que fait le maître de procéder à la distribution.

Le dol doit émaner du maître. Tel est le principe, mais il peut se présenter certaines complications.

Supposons d'abord que le maître dont l'esclave fait le commerce avec son pécule, charge un mandataire de faire la répartition. Ce mandataire commet un dol : le maître sera-t-il tenu de l'*actio tributoria* ? On pourrait en douter, parce que le mandat, même général, ne comprend jamais le dol. Cependant, en équité, il est juste de rendre le maître responsable du dol de son mandataire, parce qu'il pouvait choisir qui bon lui semblait ; si donc, il a mal choisi, c'est lui qui doit être responsable. C'est la solution que donne Ulpien, rapportant une opinion conforme de Pomponius (2) : *Procuratoris autem scientiam ei dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus.*

1. Glück, XIV § 894.

2. Digeste, fr. 5 § *De trib. act.*

Supposons maintenant que l'esclave appartienne à un pupille. Le tuteur commet un dol qui donne ouverture à l'action *tributoria*. Celle-ci devra-t-elle être dirigée contre le pupille ou contre le tuteur ? Il faut remarquer ici qu'on ne peut reprocher au maître d'avoir mal choisi son représentant, puisque la volonté du pupille n'est pour rien dans le choix de son tuteur. Pomponius (1) soutient que le pupille sera tenu par l'action *tributoria* si le tuteur est suffisamment solvable pour assurer l'efficacité du recours du pupille. Dans un autre système, plus juridique et plus général, le pupille ne sera tenu que dans la mesure de son enrichissement, si le dol du tuteur lui a profité, car si ce dol ne peut lui nuire, il peut aussi ne pas lui profiter. Cette solution qui n'est que l'application du droit commun (2) marque le dernier pas de la jurisprudence et est acceptée par Papinien et Sabinus (3). Elle devait être admise en matière de curatelle.

Un dernier cas peut se présenter : c'est le pupille lui-même qui s'est rendu coupable de dol. Le pupille sera-t-il responsable ? La solution est indiquée à la

1. Pomponius, Digeste. *De trib. act.* 3 § 1. *Dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso, non debere puto. Quamvis Pomponius libro octavo epistolarum, si solvendo tutor sit ex dolo ejus pupillum teneri scripserit.*

2. Dig. 4 § 23, *De dolo*, IV. 3.

3. Papinien et Sabinus. D. 3. *Q. ex fact. tut.*, XXVI, 9.

loi 3 § 2 de notre titre, qui distingue selon que le pupille est ou non *doli capax*, c'est-à-dire suivant qu'il est *pubertati ou infantiae proximus*.

Dans le premier cas il est responsable, dans le second il échappe à l'action *tributoria* (1).

Supposons maintenant qu'il n'y ait aucun dol et que les affaires du pécule se continuent prospères ; un créancier pourra-t-il se faire payer avant la liquidation ?

Sans aucun doute, mais il n'aura, croyons-nous, que l'action *de peculio* puisqu'il n'y a pas eu dol et que l'action tributoire n'est donnée qu'en cas de dol.

1. D. *Ibid.* Loi 3 § 2. « *Sed et si ipsius pupilli dolo factum sit : si ejus ætatis, ut doli capax sit, efficere ut teneatur.* »

CHAPITRE VI

Des effets de l'action « tributoria »

Le principal effet de cette action est de réaliser une répartition au marc le franc et de faire du maître une sorte de syndic de faillite, avec cette différence toutefois que le syndic agit comme mandataire tant du failli que de la masse créancière, tandis que le maître gère sa propre chose. La situation qui lui est ainsi faite est à la fois avantageuse et périlleuse pour lui. Il est intéressé plus que tout autre à l'opération : de là son avantage ; il veille à la conservation de ses droits et dès lors il met tous ses soins à bien gérer et à liquider avantageusement le gage commun.

Le péril est, d'autre part, dans sa responsabilité :

Tout dol, toute faute lourde l'expose au recours par l'action ; aussi le prêteur lui permet-il, s'il aime mieux se décharger de sa délicate fonction, de demander la nomination d'un tiers qui le remplacera et jouera pour lui le rôle de liquidateur.

Le prêteur devra aussi nommer un arbitre pour faire la répartition si le père ou le maître fait

l'abandon de la *merx peculiaris* (1). « *Quid tamen sit dominus tribuere nolit; nec hanc molestiam suscipere, sed peculio, vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert, audiendum eum, quæ sententia habet æquitatem et plerumque arbitrum in hanc rem prætor debebit dare cujus interventu tribuantur merces peculiares.* »

Que le liquidateur soit le maître ou un tiers, trois actes s'imposent à lui :

- 1° Réaliser l'actif ;
- 2° Constater le passif ;
- 3° Répartir entre les créanciers :

SECTION I

Réalisation de l'actif

C'est ici que la distinction de la *merx peculiaris* des autres biens composant le pécule, prend toute son importance. Si, en effet, dans l'action *de peculio*, les créanciers ont pour gage le pécule, déduction faite des créances du maître, dans l'action *tributoria*, ils ne peuvent faire valoir leurs droits que sur la partie des biens affectés au commerce (2).

1. Fr. 7 § 1. *De trib. act.*

2. Fr. 5 § 2. « *Non autem totum peculium venit in tributum : sed id duntaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium.* »

Mais si le gage des créanciers se trouve ainsi restreint, il comprend cependant tout l'actif de la *merx peculiaris*, sur laquelle ils viennent en concours avec le *pater* et par préférence aux autres créanciers de la personne en puissance (1).

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Windscheid (2) dit que le maître doit partager (*tribuere, distribuere*) tout le pécule entre les créanciers, y compris lui-même, et Roby (3) est du même avis quand il écrit : « *Whatever goods there may be in the business, or profits accumulated from it, mut, if the slave is insolvent, be divided (tribui) rateably among all the creditors, including the slave's master.* »

Sont donc certainement compris dans l'actif à distribuer :

- 1° Les marchandises qui existent encore en nature ;
- 2° Les bénéfices réalisés dans l'entreprise commerciale ;
- 3° La boutique avec tous les accessoires au commerce, les esclaves, préposés ou commis ;
- 4° Les titres des contrats auxquels la marchandise

1. Sur la *merx peculiaris*, gage exclusif des créanciers voir May. « *Eléments de droit romain* », 10^e édition, n° 194, p. 403 et Cuq, « *Institutions juridiques des Romains* », t. II. « *Le droit classique et le droit du Bas-Empire* », 1902, p. 340.

2. Windscheid, *op. cit.*, note, II. p. 34.

3. Roby. « *Roman private law in the times of Cicero and the Antonines* », 1902, vol. II, ch. VII, p. 247.

a donné lieu et qu'on pourrait trouver dans le magasin, d'après Labéon.

Tout cela fait partie du gage du créancier et doit faire partie de la masse à partager (1).

L'or et l'argent dont la provenance ne peut être constatée ne rentrerait pas dans la distribution (2).

5° Les sommes dues au contraire à l'esclave par les personnes avec lesquelles il a coutume de traiter entreront dans la contribution à mesure qu'on les touchera (3).

SECTION II

Vérification des créances ou constatation du passif

C'est encore le maître qui est chargé de ces deux opérations et le prêteur n'intervient pas. Les expressions *in tributum vocari* signifient seulement que les créanciers vont être réunis par le liquidateur pour prendre part à la répartition.

Il n'existe pas à Rome comme chez nous de mesures de publicité pour faire connaître aux intéressés la liquidation du fonds de commerce ; aussi ne

1. Fr. 5 § 11, de trib. act. : « *Per hanc actionem tribui jubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.* »

2. Dig. h. Tit. 5 § 13 : « *Cætera tamen quæ extra hoc in peculium habuit, non tribuentur ; ut puta argentum habuit vel aurum, nisi si hoc ex merce comparavit.* »

3. Digeste, *ibid.*, § 12.

pourra-t-on jamais reprocher à un créancier de s'être présenté trop tard. C'est du reste ce qui se passe dans une hypothèse analogue, celle où l'héritier d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire a employé tous ses deniers lorsqu'il se présente des créanciers inconnus jusqu'alors : ces créanciers s'attaqueront alors aux légataires, soit par l'action hypothécaire, soit par la *condictio indebiti*.

Pour que le maître ne soit pas pris au dépourvu, il est nécessaire de prendre ici une précaution ; aussi le prêteur permet-il de faire donner caution aux divers créanciers de rembourser ce qu'ils auraient touché en trop si, par hasard, de nouveaux créanciers se présentaient. Et parmi ces créanciers, il faut comprendre le maître lui-même (1) : « *Sed quoniam fieri potest, ut alias quoque, vel alii existere possint mercis peculiaris creditores ; cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores.* »

Dans le paragraphe 2 de la loi 9, Ulpien applique ce principe à une hypothèse particulière : au cas où le maître de l'esclave commerçant l'affranchit en lui légant son pécule. L'héritier doit alors faire donner caution à l'esclave pour le paiement des créanciers qui pourraient surgir. L'esclave est traité, ainsi que le voulait la logique du droit, comme un créancier de son propre pécule.

1. Fr. 5 § 19.

Quoiqu'il en soit, que tous les créanciers se trouvent réunis ou qu'il n'y en ait que quelques-uns, le premier acte du liquidateur, après avoir réalisé l'actif, est de procéder à la vérification des créances, et de même que nous l'avons vu faisant valoir les droits et créances de la personne en puissance, nous le voyons maintenant contestant les prétentions que l'on invoque contre elle et se servant de tous les moyens de défense et exceptions qu'elle pourrait opposer elle-même si elle possédait la capacité juridique. Du reste, ici, aucun contrôle ne lui est imposé et on n'est pas sans s'étonner quelque peu de voir l'intéressé lui-même libre d'apprécier qui peut avoir des droits et qui n'en a pas ; repousser comme bon lui semble telle ou telle créance sous prétexte qu'elle a déjà été payée ou qu'elle est entrée en compensation.

Cependant, il n'était pas de l'intérêt bien entendu du maître de s'opposer sans cause à l'admission d'une créance, car c'était là un des cas où l'action tributoire se trouvait admise, et c'est Ulpien lui-même qui nous donne cette solution (1) : « *Sed etsi negaverit dominus cuiquam deberi : viden dum erit, an tributoria locus sit ? Et est verior Labeonis sententia tributoriam locum habere : alioquin expediet domino negare.* »

1. Fr. 7 § 4.

SECTION III

Répartition

Les créances vérifiées, la répartition va s'effectuer : mais pour l'opérer, le maître est libre de convertir l'actif en argent ou de payer les créanciers avec ses propres deniers ; pourvu que l'égalité ne soit pas rompue entre les créanciers et que l'édit du prêteur ne se trouve pas ainsi violé, il peut agir à sa guise.

Ceci résulte, en effet, de l'ensemble des textes où l'on parle de la distribution ; aucune allusion n'est faite à la nécessité de convertir l'actif en numéraire : le maître pourrait donc également répartir les objets en nature. Dans tous les cas, le maître fera bien de procéder avec soin à la répartition, puisque, si le dol est nécessaire pour l'action tributaire, au dol on assimile la faute lourde, et il se peut dès lors qu'une négligence ou une erreur grossière fasse naître contre lui l'action tributaire.

Les règles qui présidaient à la répartition sont, du reste, assez simples et le maître était, semble-t-il, d'autant plus fautif à ne pas s'y conformer.

Pour donner une idée exacte des prescriptions de l'édit sur ce point, nous étudierons les deux points suivants :

- 1° Quelles personnes sont appelées à la distribution ?
- 2° Comment se fait la répartition ?

§ 1 — Des personnes appelées à la répartition.

Sur ce point, le Digeste est très net. *In tributem autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis* (1).

Droits des créanciers ordinaires.

Sont appelées à la distribution, les personnes qui ont traité avec l'esclave à l'occasion du commerce. Mais ici diverses hypothèses se présentent qu'il faut séparer avec soin :

1° L'esclave, au lieu d'avoir un seul commerce, est à la tête de plusieurs établissements qu'il dirige à la fois. Il a par exemple dans son pécule un commerce de soie et un commerce de toile (2).

Les affaires de ces deux commerces étant séparées, l'esclave a passé différents marchés à l'occasion de l'un ou de l'autre de ces deux négoes, puis, les affaires terminées, la liquidation va avoir lieu.

Comment va se faire la collocation ? Les créanciers viendront-ils tous en concours sur les biens des deux fonds de commerce ou bien y aura-il au contraire deux masses distinctes de créanciers.

1. Fr. 5 § 6. *De trib. act.*

2. Fr. 5 § 15. *Duas negotiationes exercebat : puta sagariam et linteariam.*

On pourrait soutenir qu'il n'y aura qu'une seule masse car la *merx peculiaris* comprend, à vrai dire, les deux fonds, et que cette partie entière du pécule forme le gage des créanciers commerciaux.

Mais des textes formels s'opposent à cette solution et déclarent qu'il y aura deux masses séparées de créanciers (1).

Les auteurs sont unanimes sur ce point. Windscheid (2) écrit textuellement ceci : « Si l'esclave fait des affaires de deux genres différents, l'avoir de l'un de ces commerces appartient aux seuls créanciers de ce commerce et non pas aux créanciers de l'autre. » Cette déviation aux principes dans ce cas particulier est très raisonnable. Ce n'est plus l'esclave qui se trouve le véritable débiteur ; ce sont les biens qui sont en quelque sorte personnalisés pour répondre des dettes.

2° La même solution devrait être donnée au cas où l'esclave sans gérer deux branches d'industrie séparées, se trouve posséder pour le même commerce deux boutiques aux enseignes différentes ; la raison justificative est toujours la même. Quiconque a traité avec le commerçant a pu raisonnablement

1. Fr. 5 § 16. — Ulp. , liv. XIV, tit. IV *Sed si duas tabernas.... æquissimam puto separatim tributionem faciendam.* L'explication est donnée au paragraphe 15 : *Merci magis quam ipsi credidit.*

2. Windscheid, t. II, § 484, note 16.

compter avoir pour gage la boutique et tout ce qu'elle contient : il serait injuste de faire concourir d'autres créanciers qui n'ont pas traité avec la même *taberna* et n'ont pas compté sur le même actif.

3^e Une autre difficulté se présente dans l'hypothèse où l'esclave gère une boutique à Rome et en possède une seconde dans une autre ville : après la liquidation, tous les créanciers de Rome ont été désintéressés : ceux de l'autre ville n'ont reçu qu'une quote part de ce qui leur est dû. Ces derniers pourront-ils, dans ce cas, bénéficier de la plus-value que le négoce de Rome a pu donner ?

La question est délicate, mais il semble bien qu'ici le principe de la distinction des établissements doive disparaître ; les créanciers romains, ayant obtenu satisfaction, les autres, en principe, sont alors devenus créanciers de la *merx peculiaris* tout entière. Il nous paraît donc probable qu'ils devaient venir disputer au maître les bénéfices laissés par le magasin de Rome.

Droits du maître

I. — Le maître perd son *privilegium deductionis*, son droit de prélever sur le pécule la portion dont il était créancier vis-à-vis de la personne en puissance : il conserve cependant à divers points de vue une situation de faveur. D'abord, en effet, les créan-

ces du maître ou du père peuvent n'avoir aucun lien avec la *merx peculiaris*. A la différence des autres créanciers, il peut faire valoir tous ses droits sans exception, sans qu'on ait égard ni à leur cause, ni au temps où il sont nés. C'était du moins là l'opinion de Labéon et cette opinion semble l'avoir emporté. Labéon justifiait cette exception en disant que le maître n'ayant plus le droit de se faire payer, par préférence, pour le tout, il fallait lui donner une certaine compensation (1).

II. — D'après les liens de la famille, la personne en puissance peut être débitrice du *paterfamilias* non seulement quand elle lui doit quelque chose personnellement, mais même quand une autre personne, sous la même puissance, se trouve avoir acquis un droit de créance contre elle. Les principes généraux nous conduisent donc à admettre que le père peut dans le concours faire valoir la créance qu'il a ainsi acquise du chef d'une autre personne en sa puissance. Cette solution est d'ailleurs confirmée à propos de l'action *de peculio*.

III. — Si l'esclave possède plusieurs établissements, il faut reconnaître au maître des droits sur tous ces négoes. Il sera colloqué sur tous les biens et dans toutes les masses, et l'on n'exige même pas que ses créances aient rapport avec les affaires commerciales.

1. Loi 5 § 7.

§ 2 — Suivant quelles règles se fait la répartition

Dans l'action *de peculio*, le premier poursuivant l'emporte sur les autres. Dans l'action tributaire, la règle de l'égalité entre les créanciers apparaît : toutes les créances sont également favorisées et l'antériorité des poursuites ne peut créer aucun privilège : « *Tributio autem fit pro rata ejus quod cuique debeatur* » (1).

Dès qu'il y a plusieurs créanciers d'une même masse, le principe est qu'ils viennent au marc le franc en concours avec la personne qui a la puissance.

Entre eux, il ne peut exister d'autres causes de préférence que celles résultant d'un droit de propriété ou provenant de sûretés qui leur auraient été régulièrement consenties. Ainsi, le créancier gagiste prime les autres créanciers et même le concédant du pécule. Ce concédant, par la connaissance qu'il a du commerce, est assimilé aux autres créanciers.

Que se passe-t-il au cas où l'argent d'un seul créan-

1. Fr. 5 § 19. *De trib. act.* May. « *Eléments de droit romain* », n° 194, p. 403.

cier aurait servi à acquérir les marchandises alors existantes ?

Comment opérera le maître dans ce cas pour faire une répartition équitable ? Le créancier qui a prêté son argent pourrait-il dire : « C'est moi qui ai acheté la marchandise ; elle représente mes deniers, et sans moi les autres créanciers n'auraient rien pour gage ; il serait donc injuste de ne m'admettre que pour une quote-part dans la distribution de l'actif que j'ai seul fourni. » Cette plainte, quelque fondée qu'elle puisse paraître, ne saurait prévaloir.

Le créancier qui réclame ainsi a été un imprudent et même un négligent et les règles du droit ne sont pas écrites pour lui : *jura vigilantibus scripta*. S'il n'a aucune cause de préférence, c'est qu'il ne s'en est réservé aucune, ce qu'il eût dû faire.

Passons maintenant au cas où un tiers a vendu à un esclave des marchandises qui existent encore en nature lorsque cet esclave cesse son commerce pour une cause ou une autre ; quelle sera la position du vendeur en face de ces marchandises en nature ?

Il faut distinguer : A Rome, la vente ne transférerait pas la propriété, le vendeur conservait donc la propriété et pouvait revendiquer ses marchandises. Pour que la propriété soit transférée, il faut le paiement du prix ou une prestation équivalente et la tradition. Mais cependant si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur — et en réservant l'hypothèse d'un pacte

adjoint ayant pour but de maintenir au vendeur son droit de propriété, — la propriété a passé du vendeur à l'acheteur et la revendication n'est plus possible (1).

1. D. *hoc. tit.*, fr. 5 § 18.

CHAPITRE VII

Extinction de l'action tributoire

Quoique perpétuelle, l'action tributoire va s'éteindre lorsque le créancier a usé du choix qui lui est laissé entre l'action tributoire et l'action *de peculio*.

Plusieurs textes, en effet, nous indiquent (1) que les créanciers doivent choisir entre ces deux actions, parce qu'une fois qu'ils se sont servis de l'une, ils perdent tout droit à l'autre (2). Il est assez naturel de les trouver toutes les deux en concours, si l'on songe, en effet, que l'une et l'autre ont leur base dans l'institution du pécule ; il n'est pas étonnant qu'elles se rencontrent sur leur champ d'application.

Mais si toutes deux naissent de la même idée — à savoir que le pécule doit servir de gage aux créanciers qui ont traité avec l'esclave à son occasion, — elles se séparent sous beaucoup de points, notamment quant aux droits du maître, créancier ordinaire

1. L. 9 § 2. *De Trib. act.* Inst. IV, 7 § 7.

2. « *Eligere quis debet qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria cum scit scibi regressum ad alliam non futurum.* » (D. XIV, 4-9 § 1.)

dans la *tributoria* et privilégié dans l'action *de peculio*, et quant aux droits des créanciers qui auront part égale dans la *tributoria* et différente quand il s'agit de l'action *de peculio*.

Il est d'ailleurs des cas où l'action *de peculio* s'impose :

C'est d'abord le cas où tout le pécule n'étant pas employé au commerce, la portion qui y est affectée ne peut suffire à désintéresser tout le monde, tandis que jointe au reste du pécule, elle peut réaliser cette condition.

C'est encore le cas où le maître a profité dans une mesure telle que l'efficacité de l'action du demandeur est assurée.

Dans tous les autres cas, on ne peut poser une règle théorique indiquant s'il y a lieu d'agir par l'une ou par l'autre action ; c'est avant tout une question de circonstances.

L'action *de peculio* sera plus avantageuse si le commerce de l'esclave ne s'exerce pas avec tout le pécule et si le maître n'est pas créancier de fortes sommes ; l'action *tributoria* est généralement plus prudente parce que, si par l'autre on risque d'être payé intégralement au préjudice de créanciers moins diligents, on risque par contre d'être dépouillé par ceux qui sont diligents et avant tout par le maître.

L'action *tributoria* est préférable, à condition toutefois qu'il n'y ait pas trop de créanciers venant en

concours, car l'action *de peculio* intentée et jugée rapidement, permettait de les primer, « *in actione de peculio occupantis melior est conditio* ». D. XV. 1.10.)

Un créancier sage devra donc prendre de grandes précautions pour être renseigné avant d'intenter son action.

Une dernière objection reste à examiner : Pourquoi, si la *tributoria* ne tend pas directement à obtenir le partage des biens de l'esclave failli, comparer l'action *de peculio* et l'action *tributoria*, et dans quelles hypothèses le créancier peut-il avoir le choix entre l'une, qui a pour but d'obtenir un simple paiement, et l'autre, qui tend à critiquer un partage intervenu précisément à la suite d'une demande en paiement.

Les hypothèses où cette comparaison est possible devaient être assez fréquentes : il suffit, en effet, de supposer que, le partage étant consommé, il reste quelques biens dans le pécule de l'esclave. Le créancier, lésé par le dol du maître, n'avait pas épuisé son droit de demander en justice le surplus de ce qui lui était dû, quand il avait reçu, en dehors de tout débat judiciaire, une part de sa créance : la *litis contestatio* de la procédure extraordinaire empêchait peut-être, au début, d'introduire deux fois la demande, mais elle n'éteignait plus le droit déduit en justice ; et quant à la sentence, qui pouvait engen-

drer l'exception de chose jugée, elle n'avait effet sur le droit de créance que dans la mesure de la part revenant au demandeur dans la distribution.

Le créancier, n'ayant pas éteint son droit en entier, pouvait donc demander, par l'action *de peculio*, le paiement de ce qui lui était encore dû : il pouvait aussi obtenir l'action tributoire, pour se faire indemniser du préjudice causé. Cette action était une simple demande en dommages-intérêts, tendant à faire obtenir à celui qui l'intentait, ce qu'on aurait dû lui donner par un partage équitable.

C'est en ce sens qu'il faut expliquer la loi II de notre titre IV. « *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere, quam tributoria.* »

Dans la loi 10, Paul nous dit qu'on peut intenter l'action *de peculio* contre l'acheteur de l'esclave, et jamais la tributoire. Ce texte suppose que la vente est intervenue après le partage : on ne peut pas intenter l'action tributoire parce que l'acheteur n'a pas pu commettre de dol, mais ce dernier reste tenu de l'action *de peculio*, par application des règles du droit commun.

Enfin, toute espèce de doute disparaît à la lecture de la loi 12. Ce texte suppose un esclave commerçant ayant pour créanciers son maître et deux étrangers. Le maître commet une fraude dans le partage et pour obtenir réparation un créancier intente l'action *de peculio*, tandis que l'autre se fonde sur l'action tri-

butoire. « *Alias duntaxat de peculio, alias tributoria servi nomine eum domino agit.* »

Le jurisconsulte se demande ce que le maître pourra retenir à l'encontre du créancier agissant *de peculio* et il décide qu'on doit déduire du pécule la seule portion de sa créance que le maître a produite à tort au partage.

Solution logique, car tout ce que le maître s'est attribué irrégulièrement ne peut être considéré comme éteignant sa créance.

D'autre part, l'action *de peculio* n'étant pas fondée sur un dol préjudiciable, il n'y a pas à s'inquiéter, quand elle est intentée, des fraudes qui ont pu être commises par le maître.

CONCLUSION

Dans la préface de son *Esprit du droit romain*, Ihering célèbre les trois conquêtes de Rome et la force de rayonnement de son droit : « Trois fois, dit-il, Rome a dicté ses lois au monde, trois fois elle a servi de trait d'union entre les peuples ; par l'*unité de l'Etat*, d'abord, quand le peuple romain était encore dans la plénitude de sa puissance ; par l'*unité de l'Eglise*, ensuite, après la chute de l'Empire romain ; et la troisième fois, enfin, par l'*unité du Droit*, à la suite de la réception du droit romain au moyen âge.

« La troisième phase n'a à craindre aucune comparaison avec les deux périodes antérieures. Peut-être celles-ci nous offrent-elles un spectacle plus dramatique, plus accessible, à l'intelligence de tous. Mais la période dernière presque fabuleuse, captivera à un égal degré l'esprit du penseur qui la comptera toujours parmi les phénomènes les plus merveilleux de l'histoire, parmi les triomphes les plus rares de la force intellectuelle livrée à elle-même. »

Rome a absorbé le monde et continue à l'absorber par le droit.

Mais il n'y a pas eu seulement conquête par les institutions civiles, il y a eu aussi conquête par le trafic, et cette conquête commerciale du monde, sans droit commercial, est du plus grand intérêt.

Elle est d'autant plus captivante, qu'il semble étrange à nos idées modernes accoutumées à toutes les spécialisations, qu'à l'épanouissement du commerce romain n'ait pas correspondu une législation particulière aux commerçants.

Il ne faut pas s'en étonner. Rome n'a jamais éprouvé le besoin d'édifier un Code de commerce. Tant que le trafic fut intérieur et terrestre, le droit fut suffisant pour régler les négociations dont il se composait et pour donner les moyens de trancher les contestations qu'il faisait naître.

Et lorsque le négoce fut devenu un facteur économique puissant, c'est-à-dire au moins à partir de l'époque classique, la législation romaine se trouvait organisée sur des bases assez larges pour que la liberté individuelle pût s'y mouvoir à son aise.

Les contrats les plus usités entre commerçants, la vente, la société et le mandat se formaient, contrairement au vieux formalisme, par simple consentement et donnaient naissance à des actions qui permettaient aux juges d'apprécier, suivant l'équité, les prétentions respectives des parties. La théorie des

pactes et des contrats innommés donnait même, d'une manière à peu près complète, force obligatoire au simple engagement contracté en dehors de toutes formes solennelles.

Les opérations de change, c'est-à-dire les paiements de place à place effectués sans déplacement de numéraire, pouvaient être réalisées au moyen de la délégation.

Le commerce n'éprouvait pas, en résumé, un besoin sérieux de s'affranchir d'entraves qui ne faisaient pas obstacle à son expansion.

Surtout, l'existence d'un droit commercial choquait l'idée que les Romains avaient au plus haut point de l'unité du droit (1). Il était conforme à l'esprit romain d'avoir un droit unique pouvant donner satisfaction aux intérêts de tous, et non plusieurs corps de principes réunis en divers groupes indépendants les uns des autres.

Quand venaient à se révéler les besoins nouveaux, quand une hypothèse non prévue par le droit primitif, se présentait, au lieu d'édicter des mesures spéciales, pour résoudre les difficultés, ainsi que ne

1. Le dédoublement du droit privé en droit civil et en droit commercial n'est pas de l'essence des choses : l'Angleterre, la Suisse notamment, n'ont pas opéré dans leur législation un pareil sectionnement. En Italie, de bons esprits proposent de ne pas persister dans ce dualisme. (Vivante. *Un Code unique des Obligations*. Voir *Annales du droit commercial*, 1893, p. 1, et suiv.)

manquerait pas de le faire, en pareille occasion, le législateur moderne, on cherchait plus simplement à résoudre le problème d'après des principes déjà établis, dont on modifiait quelque peu le sens et la portée.

C'était généralement le commerce, où les transactions sont plus rapides et plus fréquentes, qui faisait remarquer sur tel ou tel point, l'étroitesse du vieux Code formaliste. On commençait par apporter une exception aux règles du droit civil, sur le point précis où elles s'étaient montrées les plus gênantes : peu à peu, l'exception se généralisait pour devenir la règle nouvelle. Mais on n'abolit pas le principe ancien, et c'est ainsi que le préteur concilie le progrès du droit avec le respect de la tradition.

Il y eut donc une véritable commercialisation du droit civil, d'où il ressort très clairement que, si les Romains n'ont jamais eu de Code de commerce, ils ont su du moins apprécier les exigences de la vie commerciale ; ils ont estimé de bonne heure que le négoce a besoin de règles juridiques et d'institutions favorables à la rapidité des transactions et au développement du crédit.

Le commerce de mer, le plus considéré chez les Romains puisque c'était par mer que se faisait l'approvisionnement de la capitale, eut le premier ses règles propres, car l'incertitude de ses opérations l'empêchait de se confondre avec le droit civil. Son

champ d'application était nettement délimité et c'est ainsi que l'action exercitoire, les dispositions relatives au prêt à la grosse, la loi Rhodienne *de jactu*, formaient un ensemble qui eût pu être facilement codifié, si telle avait été l'idée romaine, ensemble cohérent, où nous retrouverions tous nos grands principes sur l'individualité du navire et son gouvernement, sur le contrat d'affrètement, le prêt à la grosse, le jet et la contribution, les avaries et les abordages ; peut-être même une ébauche de notre contrat d'assurance dans la prise en charge des risques par l'Etat, fréquemment, en cas de guerre ou de famine pour les transports de blés ou de munitions.

En même temps, les nécessités du commerce terrestre forcèrent le législateur à modifier les éléments ou les conséquences de certains contrats de droit civil à l'égard de tous les commerçants : les règles spéciales aux ventes et achats dans les foires, notamment quant aux vices rédhibitoires ; le *receptum*, l'action *institoria*, l'action *tributoria*, n'ont d'autre but que d'assurer l'honnêteté ou la stabilité des engagements commerciaux et par conséquent d'augmenter la confiance et de développer le crédit.

Comme chez nous, la délimitation des actes commerciaux était délicate à préciser et donnait lieu à des controverses. Comme chez nous, l'achat du produit pour le revendre est le type de l'acte de com-

merce et la vente des produits de la terre par celui qui les récolte, ne rentre pas dans le cadre de la commercialité.

Comme nous, ils ont eu une véritable législation des capitaux, témoins les privilèges des *argentarii* qui sont à la fois des orfèvres changeurs opérant sur le métal et non sur la monnaie ; des agents de change sans monopole, des commissaires-priseurs chargés de la vente aux enchères des marchandises qui leur sont remises en gage ou de toutes sortes d'objets provenant principalement de la liquidation des successions. Le fonctionnement de la banque est impossible, si les avances et les rentrées de fonds ne sont pas soigneusement notées : la force des choses obligeait donc les *argentarii* à tenir ce que nous appellerions aujourd'hui des écritures commerciales.

Comme nous, ils connaissent le compte courant et l'action *cum compensatione* de l'*argentarius* contient déjà en germe l'idée que le compte est un tout indivisible dans lequel les dettes et les créances se fondent successivement.

Les Romains ont compris de bonne heure l'importance de la comptabilité et qu'il est impossible qu'un commerce prospère entre les mains d'un homme qui n'a pas les moyens de reconstituer quand il le veut le tableau complet de sa situation active et passive. Le génie éminemment pratique des Romains leur avait permis de comprendre de bonne

heure l'importance du livre de comptes : aussi, chez eux, le *Codex* n'est-il pas exclusivement réservé aux commerçants ; tous les gens honnêtes en tenaient un et Cicéron pourra s'indigner en rapportant que Verres n'en avait pas (1). On sait que sur la réquisition de tout client intéressé qui jure au préalable qu'il n'agit point avec malignité, les *argentarii* étaient tenus de présenter leurs livres en justice. L'idée de production des livres de commerce en justice est donc loin d'être moderne.

Comme nous, les Romains connaissent le contrat de société et tout le parti qu'on en peut tirer. Si la forme de notre société en nom collectif leur est inconnue, si les coassociés sont tenus proportionnellement à leurs mises et non solidairement, notre commandite trouve, sinon son équivalent, du moins son origine dans le contrat de société tel que le pratiquaient les publicains.

La commandite était pour ces hommes, à la fois après au gain et dédaigneux des professions commerciales, un moyen de concilier à la fois leur amour du lucre et leur vanité : l'organisation des sociétés de publicains tendait à ce but, puisqu'à côté des *mancipes* qui se rendaient adjudicataires en nom, il y avait les *participes* qui ne figuraient pas au contrat et qui n'avaient pas le droit d'intervenir dans la gestion.

1. Cicéron. : *In Verrem*, n° 2, act. II, liv. III.

Leurs parts d'associés ne diffèrent guère de nos actions qu'en ce qu'elles étaient inégales : elles étaient transmissibles par décès et même entre vifs par voie de transfert sur les registres de la société ; leur cours était sujet à de fréquentes variations de hausse et de baisse.

Les basiliques du Forum, la Bourse de l'époque sont fréquemment le théâtre de ruines subites. Les Romains connaissent donc les opérations de spéculation, bien que le champ de ces spéculations fût beaucoup plus limité que de nos jours ; elles ne portent guère que sur la ferme des impôts, la concession des mines, des carrières et des grands travaux publics, car les Romains ne surent pas étendre à toutes les sociétés commerciales le mécanisme qu'ils avaient créé pour l'une d'elles.

Ce sont là des exemples qu'il serait possible de multiplier : il y aurait là une occasion à de très longs développements qui nous feraient sortir du cadre de notre étude.

Pour en revenir à notre matière, nous avons constaté dans le droit romain l'application à la liquidation des pécules de la distinction moderne entre la faillite et la déconfiture.

Le principal intérêt de l'action *tributoria* réside dans ce fait qu'elle contient en germe l'idée de faillite telle qu'elle se retrouve dans le droit moderne. L'institution de la faillite tient une place si impor-

tante dans la législation française actuelle qu'il nous a paru intéressant d'insister, par simples rapprochements de textes, sur l'analogie qu'elle présente avec la liquidation du pécule commercial de l'esclave romain.

Les besoins du commerce sont les mêmes dans tous les temps et dans tous les lieux ; le crédit, la simplicité, la promptitude. L'action *tributoria*, comme la législation de la faillite, a été introduite par faveur pour les créanciers commerciaux : il pourrait sembler singulier que cette catégorie de créanciers méritât plutôt que les autres qu'on établit pour elle la règle protectrice de la distribution au marc le franc. La réponse est qu'il était utile de donner les garanties nécessaires au besoin de rapidité et de sécurité inhérent aux opérations commerciales. Donner satisfaction à ce besoin, c'était certainement protéger et développer la richesse générale : et c'est pourquoi les législations romaine et française ont substitué, en matière commerciale, au paiement, prix de la course, qui n'offrait pas de base assez solide au crédit, le principe de la répartition au marc le franc.

Si nous pénétrons plus avant dans l'étude de nos deux législations, nous rencontrons des analogies de détail qui sont curieuses car elles ressortent directement du rapprochement des textes.

C'est ainsi qu'au Digeste, aux termes de la loi 5

§ 18, celui qui a confié à l'esclave sa marchandise à vendre et n'a pas été payé, peut la revendiquer, si elle se trouve encore en nature chez l'esclave. L'article 575 du Code de commerce porte la même disposition. « Pourront être également revendiquées aussi longtemps qu'elles existeront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte du propriétaire. »

La loi 5 de notre titre § 12, au Digeste, dit formellement que les créances de l'esclave contre des tiers doivent être réparties à mesure qu'elles sont recouvrées. On sait de même qu'en France la réalisation totale de l'actif n'est pas une condition forcée de toute répartition. Avant cette entière réalisation, le juge commissaire peut ordonner une répartition ou même plusieurs répartitions, suivant l'état des sommes déjà réalisées. L'article 485 porte en effet que les syndics chargés de la répartition continueront de procéder au recouvrement des dettes actives.

La loi 5, à son paragraphe 8, énonce que les créanciers privilégiés passent avant les autres sur la marchandise qui constitue leur gage : le même principe ressort de l'article 546 du Code. « Les créanciers du failli qui seront valablement nantis de gage ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire. » La raison en est que le créancier du failli au profit duquel un gage a été valablement consenti, reste,

en principe, étranger à la masse chirographaire.

Entre tous les autres créanciers, la répartition se fait au marc le franc : « *tributio autem fit pro rata ejus quod cuique debeatur* » (loi 5, § 19) et le Code de commerce, à son article 565, s'exprime en ces termes analogues : « Le montant de l'actif mobilier sera réparti entre tous les créanciers au *marc le franc* de leurs créances vérifiées et affirmées. »

Enfin le créancier doit donner caution de rapporter ce qu'il aurait reçu de trop, si quelque autre créancier retardataire se présentait (loi 5 § 19). L'article 567 établit la même exigence : « Il ne sera procédé à aucune répartition entre les créanciers domiciliés en France, qu'après la mise en réserve de la part correspondante aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors du territoire continental de France seront portés sur le bilan. » Et le paiement illégal fait par le failli à l'un de ses créanciers, empêche ce créancier de prendre part à aucune distribution, tant que les autres créanciers n'ont pas reçu un dividende proportionnellement égal à celui qu'il a touché d'avance.

La loi de la répartition au marc le franc énoncée en l'article 565 est une règle d'ordre public à laquelle il ne saurait être dérogé (même avec l'autorisation du juge-commissaire) à raison du caractère plus ou moins favorable de la créance. La loi seule, en effet, détermine les causes du privilège, et tous les

créanciers ne pouvant invoquer l'une de ces causes, doivent subir la règle dont il s'agit, corollaire nécessaire du principe d'égalité qui domine toute la procédure de la faillite.

Enfin, on admet à Rome que le maître peut céder le pécule ou la partie commerciale du pécule et se décharger ainsi des embarras de la liquidation ; le prêteur nommait alors un arbitre, qui n'est pas sans présenter une grande ressemblance avec notre liquidateur judiciaire.

Nous terminerons par nos observations.

Il pourrait sembler singulier que nous soyions amené à comparer l'action *tributoria* à la faillite, la situation du commerçant moderne, homme indépendant et libre, à celle de l'esclave romain pour y rencontrer des analogies.

Nous voudrions dissiper ici une équivoque. On se plaît trop communément à représenter les esclaves comme des gens d'une situation précaire, misérable ou honteuse. Il ne faut pas juger l'esclavage tout entier par les esclaves agriculteurs ou gladiateurs.

Une catégorie très importante échappait à cette situation : c'était la classe des esclaves commerçants : leur place était considérable et leur situation bien meilleure.

Elle devait l'être de toute nécessité, parce qu'il existe un lien étroit, un rapport nécessaire entre ces deux choses : liberté et commerce.

C'est un fait d'expérience, que les peuples commerciaux depuis les Syriens jusqu'aux Anglais ont toujours été des peuples libres.

Il y a donc incompatibilité entre ces deux mots : esclave et commerçant, car nul, plus que le commerçant n'a besoin de liberté.

Il faut conclure que l'esclave commerçant est très libre. Entre lui et son maître existent des différences très sensibles dans la façon de comprendre leur rôle social. Le maître relève plutôt du domaine du droit civil. Or, le droit civil incarne à Rome, comme partout et toujours, l'esprit de tradition et d'autorité.

Il se moule à la race qu'il caractérise et dont il reflète le caractère : le maître ne quitte pas le cadre dans lequel il est né, il sacrifie à la tradition et à la Loi à laquelle il doit obéissance et gagne à ce prix la considération et l'ascendant moral.

L'esclave commerçant relève du domaine du droit commercial, qui indique l'esprit de liberté et d'indépendance. Il doit se méfier, nous dirons plus, se défier d'un droit civil qui n'est pas fait pour lui et qui l'a doté d'un nom flétrissant. Mais le commerce qui considère l'homme, en dehors de tout cadre ou de toute loi naturelle, comme une force préexistante, propre, méritant de solliciter le bienfait des résultats de son travail, a dû développer

l'énergie, l'initiative, la clairvoyance, la puissance d'acquisition de cet esclave.

Nous retrouvons là un intéressant exemple des deux impulsions qui, depuis que les hommes sont groupés en sociétés, les entraînent ; impulsions contradictoires et qui pourtant se complètent l'une l'autre parce qu'elles correspondent à l'esprit d'autorité et à l'esprit de liberté.

On sait que le *jus gentium*, introduit à l'occasion du trafic échangé avec les pérégrins a fini par gouverner même les rapports civils, et si le droit consensuel s'est fait la place que l'on sait aux dépens du droit formaliste perdant chaque jour plus de terrain, c'est tout justement à cause de l'expansion du droit commercial.

L'esclave commerçant a eu l'honneur de concourir au mouvement du progrès.

Le commerce a été favorable à cet esclave puisque, en dépit des lois et des passions, il a adouci sa situation.

Le commerce, que le maître regardait comme l'abaissant et l'égalant à l'esclave, a relevé l'esclave et l'a presque égalé au maître, tant il est vrai que le commerce est un puissant agent de civilisation et de rapprochement.

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.* — Précis de droit romain, 4^e édit., t. II. Paris, 1891.
- Baron.* — Die adjecticischen Klagen, Berlin. 1882.
- Baumann.* — Des exceptions au droit romain introduites pour les besoins du commerce.
- Bekker.* — Aktionen.
- Bethman-Holweg.* — Théorie des Civilprozesses. Berlin, 1827.
- Brinz.* — Lehrbuch der Pandekten.
- Chambon.* — Beitræge, p. 193.
- Cuq.* — Les Institutions juridiques des Romains, I. L'ancien droit, 1891. II. Le droit classique et le droit du Bas-Empire, 1902.
- Dernburg.* — Pandekten, 7^e édit. Berlin, 1902.
- Desjardins.* — Géographie de la Gaule romaine.
- Dietzel.* — Zeitschrift für Handelsrecht, II, p. 1-18.
- Duruy.* — Histoire des Romains, édit., 1879-1885, t. III, 880.
- Erman.* — Servus vicarius : l'Esclave de l'esclave romain. Recueil de l'Université de Lausanne, 1896.
- Freville(de).* — De la civilisation et du commerce de la Grèce : Mémoires de la Société des Antiquaires de France, 3^e série, t. II, p. 140.

- Gilbart* (J.W.). — Lettres sur l'histoire et les principes du commerce chez les Anciens.
- Girard*, P. F. — Manuel élémentaire de droit romain. Paris, 2^e édit., 1898 et 4^e édit., 1906.
- Textes de droit romain, 3^e édit. Paris, 1903.
- Glueck*. — Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, XIV, Erlangen, 1797-1889.
- Hugo*. — Römische Rechtsgeschichte.
- Karlowa*. — Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1885.
- Keller*. — Institutionen. Leipzig, 1861.
- Römischen Civilprozess, 6^e éd. Leipzig, 1883.
- Kuntze*. — Kursus.
- Ledersteger*. — Entwicklung der Stellvertretung. Erlangen, 1902.
- Lenel*. — Edictum perpetuum, 2^e édition.
- Mandry*. — Familiengüterrecht, II.
- Marquardt*. — Vie privée des Romains. Trad. Henry, 2 vol., 1892-1893 (au Manuel des Antiquités romaines, Mommsen et Marquardt).
- Organisation de l'empire romain. Trad. Weiss et Lucas, 2 vol., 1889-1892.
- May*. — Eléments de droit romain, 1909, 10^e éd.
- Melot*. — Histoire du commerce de la Grande-Bretagne.
- Mémoires de l'Académie des Inscriptions. A. I., 1^{re} série, t. XVI, XVIII, XXIII.
- Mitteis*. — Die Lehre der Stellvertretung. Vienne, 1885, p. 25.
- Mommsen*. — Histoire romaine. Trad. Alexandre, 1863-1872.
- Le Droit public romain, 3^e éd. Trad. P.-F. Girard,

- t. IV, 1894 et t. V, 1896, au Manuel des Antiquités romaines, Mommsen et Marquardt.
- Noël.* — Histoire du Commerce du Monde.
- Orelli.* — Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio, 1828.
- Pastoret* (de). — Recherches et observations sur le commerce et le luxe des Romains et sur leurs lois commerciales et somptuaires. Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, n° 1, t. III, V et VII.
- Pigeonneau.* — Histoire du Commerce de la France.
- Puchte.* — Institutionen. Leipzig, 1875.
- Roby.* — Roman private law, 1902, vol. II, chap. VII.
- Rudorff.* — Römische Rechtsgeschichte. Leipzig, 1875.
- Schlossmann.* — Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik. Leipzig, 1905.
- Unterholzner.* — Schuldverhältnisse, t. I.
- Windscheid.* — Lehrbuch des Pandektenrechts, 9^e éd. Frankfurt, 1906.
- Wlassak.* — Prozessgesetze. Leipzig, 1888.
-

Vu : le Président de la thèse

GIRARD

Vu : le Doyen

CAUWES

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
Généralités sur le commerce des Romains.....	5
Rôle de l'esclave dans le commerce.....	28
CHAPITRE I ^{er} . — Origine de l'action <i>tributoria</i>	41
CHAPITRE II. — L'Edit perpétuel et l'action <i>tributoria</i> ...	51
CHAPITRE III. — Formule de cette action.....	55
CHAPITRE IV. — Les caractères de l'action tributoire..	71
CHAPITRE V. — Ses conditions d'exercice.....	81
<i>Section I.</i> — De l'existence du fonds de commerce.	81
— <i>II.</i> — De la connaissance du commerce par le maître.....	89
— <i>III.</i> — Du dol du maître.....	93
CHAPITRE VI. — Effets de l'action <i>tributoria</i>	99
<i>Section I.</i> — Réalisation de l'actif.....	100
— <i>II.</i> — Constatation du passif.....	102
— <i>III.</i> — Répartition.....	105
§ I. — Des personnes appelées à la distribution.....	106
A. — Droits des créanciers ordinaires.....	106
B. — Droits du maître.....	108
§ II. — Suivant quelles règles se fait la répartition.	110
CHAPITRE VII. — Extinction de l'action <i>tributoria</i>	113
CONCLUSION.....	119

